Der Nießbrauch als Sicherungsmittel.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität

Rostock

vorgelegt von

Hans-Ulrich Fahrenheim

Gerichtsassessor.

Rostock i. M.

Ww. H. Winterbergs Buchdruckerei.

1927.

Referent: Professor Dr. Walsmann.

Literatur

Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. Berlin 1914.

v. Blume, Iherings Jahrb. Bd. 34, S. 281. Die Übertragung des Nießbrauchs.

Böhlau, Aus dem codicillus iurim civitatum Megapolensium vom Jahre 1859. Ztschr. f. Rechtsgesch. Bd. 14 (1871) S. 112 ff.

Buka, Zur Auslegung des § 1124. L. Z. 1919, 422.

Carthaus, Zur Geschichte und Theorie der Grundstückskrisen in deutschen Großstädten. Diss. Tübingen 1916.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 7./8. Aufl. 1924.

Dernburg, Pandekten. 2. Aufl. 1888.

„ Das bürgerliche Recht. Sachenrecht. 1898.

Dittrich, Nießbrauch an Grundstücken, Mietzinsabtretung usw. in der Ztschr. f. Rechtspflege in Bayern 1916, S. 83 ff.

Eccius, Überlassung unveräußerlicher Rechte zur Ausübung. Gruchot 50, S. 503 ff.

Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß. II. Bd. Hft. 4. Jena 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl. 2. Bd. 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Allg. Teil. 25./29. Aufl. 1926.

Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit. 13. Aufl. Berlin 1926.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung. 6./7. Aufl. 1904.

Gierke, Schuld und Haftung. Berlin 1910.

„ Deutsches Privatrecht. Sachenrecht. Lpz. 1905.

Goldmann, Der Nießbrauch als Ersatz der Antichrese. Gruchot Bd. 56, S. 617 ff.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Bd. Sachenrecht. Berlin 1912.

Güthe, Grundbuchordnung. 3. Aufl. Berlin 1913.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Lpzg. 1899.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 2. Bd. 1886.

Jaeckel-Güthe, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. Berlin 5. Aufl.

Kohler, Pfandrechtliche Forschungen. 1882.

Kretzschmar, Zusammentreffen von Hypothek und Nießbrauch. Sächs. Arch. Bd. 8 (1913) S. 411 ff; J. W. 1921 S. 1355 ff.

„ Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs. L. Z. 1914 S. 992; Gruchot Bd. 65, S. 432.

„ Das Anwendungsgebiet des Nießbrauchs. Sächs. Arch. Bd. 15 (1920) S. 179 ff.

Manigk, Gläubigerbefriedigung durch Nutzung. Bln. 1910.

Marx, Zusammentreffen von Hypothek und Sicherungsnießbrauch des Hypothekengläubigers. J. W. 1921 S. 1595.

Nußbaum, Das Nießbrauchsrecht des BGB. unter den Gesichtspunkten der Rechtstatsachenforschung. Bln. 1919 cit. Nußbaum.

„ Deutsches Hypothekenwesen. 2. Aufl. Tübingen 1921.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3/4. Auflage 1910.

Planck, Sachsenrecht, 4. Aufl. Bln. 1916.

Predari, Die Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Rausnitz, Für und wider die Antichrese. K. G. Bl. 1895 S. 41 ff.

Reichsgerichtsräte-Kommentar. 5. Aufl. Sachenrecht. Bln. u. Lpzg. 1923.

Reinhard, Das Nießbrauchsrecht des BGB. J. W. 1920 S. 28.

Rodewald, Das Nießbrauchrecht an Grundstücken in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Bln. 1913.

Rosenberg, Sachenrecht, München 1919.

Salinger, Die Sicherung des Baugeldgebers durch Hypothek und Nießbrauch. J. W. 1910 S. 459 ff.

Schneider, Nießbrauchsbestellung als Ersatz der Antichrese. Recht 1907. S. 802.

Staudinger, Sachenrecht. 9. Aufl. 1926. Schuldverhältniffe 7/8. Aufl. 1912.

Stillschweig, Der Nießbrauch im Widerstreit mit anderen Rechten an der Mietzinsforderung und sein Verhältnis zur Zwangsverwaltung. J. W. 1921 S. 201 ff., 1358, 1397.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 2. Bd. 3. Aufl. 1896.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1910—1918.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht I. Paderborn 1906.

Walsmann, Der Verzicht. Lpzg. 1912.

Wolff, M., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Sachenrecht 20./21. Aufl. Marburg 1926.

Wolff, Th., Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin 1899.

Abkürzungen:

ALR. = Allg. Landrecht für die preußischen Staaten.
D.J.Z. = Deutsche Juristenzeitung.
Gruch. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts begründet von Gruchot.
J.W. = Juristische Wochenschrift.
K.G.Bl. = Blätter für die Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
K.G.J. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
L.Z. = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Mot. = Motive zum I. Entwurf des BGB.
OLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan & Falkmann.
Prot. = Protokolle der 2. Kommission zur Beratung des Entwurfs des BGB.
Recht = Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand.
R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht.
Warn. = Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen des Reichsgerichts.
Paragraphen ohne nähere Bezeichnungen sind die des BGB.

Dispoſition.

Kapitel I. Das dingliche Nutzungsrecht als Sicherungsmittel.
- § 1. Die Anwendungsgebiete des Nießbrauchs im Rechtsleben.
- § 2. Geſchichtliche Vorläufer des Sicherungsnießbrauchs.
- § 3. Gegenſtand des Sicherungsnießbrauchs.

Kapitel II. Die rechtliche Zuläſſigkeit des Sicherungsnießbrauchs.
- § 4. Stellt der Sicherungsnießbrauch eine Umgehung des Geſetzes dar?
- § 5. Der Sicherungsnießbrauch als fiduziariſches Geſchäft.
- §. 6. Enthält der Sicherungsnießbrauch eine Verletzung zwingender Geſetzesvorſchriften?
  1. Umfang des Nutzungsrechts. (§ 1030).
  2. Unvererblichkeit und Unveräußerlichkeit.

Kapitel III. Der Nießbrauch als Sicherungsmittel in ſeinem rechtlichen Aufbau.
- § 7. Der geſetzliche Inhalt des Sicherungsnießbrauchs.
  1. Herrſchaftsrecht.
  2. Legalſchuldverhältnis zwiſchen Eigentümer und Sicherungsnießbraucher und die Möglichkeit ſeiner Abänderung.
- § 8. Beendigung und Übertragbarkeit des Sicherungsnießbrauchs.
- § 9. Das kauſale Schuldverhältnis zwiſchen Beſteller und Sicherungsnießbraucher.

Kapitel IV. Der Sicherungsnießbrauch in der Praxis.
- § 10. Kolliſion zwiſchen Sicherungsnießbraucher und anderen Gläubigern des Eigentümers beim Zugriff auf die Mietzinſen.
  1 in materieller Beziehung
  - a) Das Rangverhältnis zwiſchen den Gläubigern. Stellt die Beſtellung des Nießbrauchs eine Verfügung über die Mietzinſen dar?
  - b) Löſung der praktiſchen Fälle.
    - α) Kolliſion zwiſchen Nießbraucher und perſönlichem Gläubiger
    - β) Kolliſion zwiſchen Nießbraucher und dinglichem Gläubiger.

c) Kann der Sicherungsnießbraucher seine Stellung verstärken durch Zession oder Pfändung der Mietzinsen?
d) Kollision zwischen Ausübungsberechtigtem und anderen Gläubigern.
2) in prozessualer Beziehung.
a) Der Sicherungsnießbraucher bei der Pfändungsbeschlagnahme.
b) Der Sicherungsnießbraucher in der Zwangsverwaltung.
§ 11. Der Sicherungsnießbrauch in der Zwangsversteigerung.
§ 12. Die Anfechtung des Sicherungsnießbrauchs. Schluß.

Kapitel I.

Das dingliche Nutzungsrecht als Sicherungsmittel.

§ 1. Die Anwendungsgebiete des Nießbrauchs im Rechtsleben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt in den §§ 1030—1089 in eingehender Weise den Nießbrauch. Er ist das dingliche Recht, einen Gegenstand in der Gesamtheit seiner Beziehungen zu nutzen ohne Eingriff in seine Substanz. Diese Vorschriften sind, wie die §§ 1059, 1061 erkennen lassen, zugeschnitten auf den in seinem Ursprung aus dem Erbrecht stammenden[1] sogenannten Versorgungsnießbrauch. Dieser besteht in zwiefacher Form: entweder als durch Testament begründeter Nießbrauch zur Versorgung von Angehörigen oder als ein bei bäuerlichen Gutsübergabeverträgen in der Form der Leibzucht vorbehaltener Nießbrauch.[2] [3] Die wirtschaftliche Bedeutung des Versorgungsnießbrauchs ist im ganzen gering, er kommt hauptsächlich in den früheren Gebieten des französischen Rechts vor (vgl. Art. 1094 Code civil)[4]. Der früher häufiger vorkommende vermachte Nießbrauch ist infolge der unfreien Stellung des Nießbrauchers unbeliebt geworden. Er ist mehr und mehr der Vorerbschaft gewichen, die in der Form der befreiten Vorerbschaft dem Berechtigten die gewünschte weitgehende Verfügungsmöglichkeit gibt.[5] Statt des Nießbrauchs bei bäuerlichen Gutsübergabeverträgen wird in vielen Teilen Deutschlands ein Altenteil vorbehalten, der sich aus Reallasten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zusammensetzt.

Auch der Nießbrauch in seiner entsprechenden Anwendung auf die ehemännliche und elterliche Nutznießung (vgl. §§ 1383, 1652,

---

[1]) Blume Iher. Jahrb. 34, 286.

[2]) Nußbaum S. 4 ff bezeichnet nur den vermachten Nießbrauch als Versorgungsnießbrauch; eine wesentliche Zweckverschiedenheit zwischen beiden Arten besteht jedoch nicht. Vgl. Reinhard J. W. 1920, 28.

[3]) Prot. 3, 409.

[4]) Nußbaum S. 2, 4 ff, 16.

[5]) Vgl. Nußbaum S. 7. Häufig, in den Fällen des sog. Dispositionsnießbrauchs, erhält der Ehegatte, dem testamentarisch der Nießbrauch vermacht ist, zugleich eine Ermächtigung zur freien Verfügung über den Nachlaß. Hier ist bei richtiger Auslegung des Willens des Erblassers eine durch die Anordnung von Nacherbfolge beschränkte Erbeinsetzung anzunehmen (vgl. Kretzschmar, Sächs. Arch. 15, 180: J. W. 1911, 283; 1918, 434).

1686; 1423, 1663 BGB.) ist nicht so bedeutungsvoll, wie er zunächst erscheint. Bei näherer Betrachtung schrumpft auch dieses Anwendungsgebiet des Nießbrauchs stark zusammen.[1]) Die ausführlichen Gesetzesvorschriften über den Nießbrauch werden so durch die dem Gesetzgeber vorschwebenden Anwendungsgebiete nicht gerechtfertigt.

Es ist eigentümlich, daß das Rechtsleben[2]) sich des Nießbrauchs für ganz andere Zwecke bemächtigt hat, als sie vom Gesetzgeber gedacht waren. Seine praktisch bedeutsamste Ausgestaltung hat der Nießbrauch als Mittel des Realkredits in der Weise erfahren, daß der Eigentümer eines Grundstücks seinem Gläubiger, meist einem Hypothekar, zur vermehrten Sicherheit für seine Forderung den Nießbrauch bestellt. Gerade als Verkehrsgegenstand und Kreditgrundlage hatte man den Nießbrauch seiner Natur nach für völlig ungeeignet gehalten.[3]) Diese Verwendung des Nießbrauchs hing vornehmlich mit der großstädtischen Grundstückskrise[4]) zusammen, die seit 1870 infolge der wachsenden Industrialisierung Deutschlands, dem schnellen Anwachsen der Städte und der damit zusammenhängenden Grundstücksspekulation entstanden war. Dies veranlaßte besonders die zweit- und drittstelligen Hypothekare, nach Sicherungsmitteln gegen unlautere Machenschaften der Eigentümer und gegen Mietspfändungen persönlicher Gläubiger der Eigentümer, gegen die sie durch die Gesetze nur mangelhaft geschützt waren, zu suchen.

Diese Lage hatte bereits im letzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts ein fast vergessenes „abgestorbenes"[5]) Rechtsinstitut, die gemeinrechtliche Antichrese, wieder aufleben lassen. Dies Aufleben eines alten Rechtsinstituts hat aber nicht zu dessen Aufnahme ins BGB. geführt. Der I. Entwurf war zu dieser Zeit bereits abgeschlossen. Die Aufnahme der Antichrese war in ihm mit der Begründung abgelehnt worden, es erscheine nicht angezeigt, neben der durch die Öffentlichkeit der Grundbücher wesentlich verbesserten Hypothek eine besondere Kreditform zu erhalten oder zu schaffen; für den Verkehr genüge die obligatorische Vereinbarung einer Antichrese, falls ein Bedürfnis dazu noch vorhanden sein sollte. In späteren Beratungen ist dann von der Antichrese nicht mehr die Rede gewesen.[6])

---

[1]) Nußbaum S. 50 ff.

[2]) Cosack, § 67, II spricht von einer „interessanten Parallele zum antiken Problem Reichsrecht und Volksrecht".

[3]) Prot. 3, 409.

[4]) Nußbaum S. 24; Carthaus S. 16 ff.

[5]) Motive 3, 631.

[6]) Welchen Einfluß die Nichtaufnahme der Antichrese im BGB. auf bestehende antichretische Pfandverträge hat, ist bestritten. Man wird mit der herrschenden Lehre

Der Gesetzgeber hat sich hier wenig weitblickend gezeigt, obgleich das Kammergericht[1]) bereits im Jahre 1877 den Abschluß von Pfandnutzverträgen als beliebt bezeichnet und obgleich Kohler[2]) in eindringlicher Weise auf die Notwendigkeit des Ausbaus der Antichrese hingewiesen hatte. Bemerkenswert ist, daß schon während der Beratungen zum BGB. mit scharfem Blick erkannt wurde,[3]) daß der Verkehr sich im Nießbrauch das Mittel schaffen würde, um die Zwecke der als notwendiges Bedürfnis empfundenen Antichrese zu erreichen.[4]) Diese Voraussage ist eingetroffen, der „Sicherungsnießbrauch" ist eine häufige Erscheinung geworden.

Es war klar, daß die rein auf den Versorgungsnießbrauch zugeschnittenen gesetzlichen Vorschriften über den Nießbrauch diesem vom Verkehr geschaffenen Nießbrauch enge, dem erstrebten Zwecke widerstrebende Fesseln auferlegten. Dieses mußte dazu führen, daß man sich ihrer nach Mögkichleit zu entledigen suchte. Dabei zeigte es sich, wie kurzsichtig es war, in dem numerus clausus der beschränkten dinglichen Rechte am Grundstück — für bewegliche Sachen und Rechte schuf man in den §§ 1213, 1214, 1273 Abs. 2 in glücklicher Weise den Ersatz — eine Verbindung zwischen den Nutzungsrechten und den Verwertungsrechten, wie sie sowohl das deutsche wie das römische Recht geschaffen hatte, fehlen zu lassen. Ein Vergleich zwischen dem heute in der Rechtsprechung und der Wissenschaft nach anfänglichem Schwanken anerkannten und durchgebildeten Sicherungsnießbrauch einerseits und der gemeinrechtlichen Antichrese andrerseits wird die Stärken und Schwächen des Sicherungsnießbrauchs klar in die Erscheinung treten lassen. In aller Kürze sollen deshalb die grundlegenden Eigenschaften der gemeinrechtlichen Antichrese und ihre geschichtlichen Entwicklungslinien dargetan werden.

§ 2. Geschichtliche Vorläufer des Sicherungsnießbrauchs.

Die gemeinrechtliche Antichrese hat ihren Ursprung in dem pignus des römischen[5]) und in der älteren Satzung des deutschen Rechts, —

---

annehmen müssen, daß sie gemäß Art. 184 EG. von Bestand geblieben sind, sodaß sie noch heute vorkommen können (OLG. 1, 261; R. G. 47, 56 ff; Dernburg, Sachenrecht § 234 Anm. 3; a. A. Freudenthal D. J. Z. 1900 S. 162, 270).

[1]) K. G. J. 8, 312.

[2]) Pfandrechtliche Forschungen S. 256.

[3]) Rausnitz, K. G. Bl. 1895 S. 41 ff.

[4]) Einen Fall, in welchem der Nießbrauch als Sicherungsmittel schon zur Zeit des gemeinen Rechts praktisch geworden ist, enthält R. G. 16, 2.

[5]) Über ältere Formen des Nutzpfandrechts vgl. Manigk S. 13 ff.

die in den Pandektnn nur an zwei Stellen (D 20,1, 11,1 und D 13, 7,33) vorkommende Bezeichnung ἀντίχρησις stammt aus dem griechischen Recht und scheint erst durch Interpolationen in das Corpus iuris hineingekommen zu sein. —. Ob das römische Faustpfandrecht von Hause aus ein Nutzpfandrecht war, ist bestritten.[1]) Hatte aber der Pfandgläubiger eine fruchttragende Pfandsache im Besitz, so war er berechtigt und sogar verpflichtet, Früchte zu ziehen, und er mußte sich diese dann auf seine Forderung anrechnen lassen und zwar zunächst auf die Zinsen und dann auf das Kapital, den etwaigen Überschuß mußte er herausgeben.[2]) Dies war sogar in dem Falle üblich, daß ein zinsloses Darlehn gegeben war; hier war der Pfandgläubiger berechtigt, die Früchte einer Sache bis zur Höhe der gesetzlichen Zinsen zu ziehen.[3])

Die eigentliche Antichrese war nur im Wege eines besonderen Vertrages möglich. Eine gleichzeitige Verpfändung war die Regel, aber nicht begrifflich erforderlich. Die Nutzungen der Sache erhielt der Gläubiger bei dieser eigentlichen Antichrese nicht in Anrechnung auf Zinsen und Kapital, sondern anstelle der Zinsen ohne jegliche Anrechnung auf die Kapitalforderung, gleichgültig ob die Nutzungen die vereinbarten oder üblichen Zinsen überstiegen oder unter ihnen blieben. Es fehlte daher hier auch eine Pflicht des Gläubigers zur Rechnungslegung.[4]) Es handelte sich also um eine Art Spekulationsgeschäft[5]) Andere Schwächen der römischen Antichrese lagen darin, daß ein Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien nicht gemacht wurde, daß ferner das Pfandrecht stets an den unmittelbaren Besitz der Sache geknüpft war.

Das deutsche Recht machte von Anfang an einen scharfen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien, welcher sich auch im Pfandrecht ausprägte. Das Fahrnispfand des deutschen Rechts war Verfallpfand; löste der Schuldner die Schuld nicht ein, so verfiel das Pfand dem Gläubiger, ohne daß es einer Klage bedurfte. Dieser reinen Sachhaftung entsprach das Verbot, die Sache irgendwie zu gebrauchen oder nutzbar zu machen, das Fahrnispfand war grundsätzlich

[1]) Dafür Manigk S. 4 ff, dagegen Dernburg, Pandekten 1, S. 669, vgl. auch Wohler S. 65 ff.

[2]) Dernburg a. a. O.

[3]) Sog. antichresis tacita: D 20, 2, 8. Paulus libro secundo sententiarum: cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinére. Und. Ans. Manigk a. a. O., der diese Stelle nur auf Verzugszinsen bezieht: sonst seien bei zinsloser Forderung die Nutzungen auf das Kapital angerechnet worden.

[4]) Eine Grenze wurde dieser eigentlichen Antichrese später durch das kanonische Wucherverbot gesetzt.

[5]) Kohler S. 73 Anm. 3.

kein Nutzpfand.[1]) Eine Ausnahme hiervon war nur bei ausdrücklicher Vereinbarung möglich, wenn der Gebrauch der Sache zu ihrer Erhaltung nötig war wie bei Pferden und Vieh, hier wurden die Nutzungen aber stets auf die Schuld verrechnet.[2])

Für Liegenschaften und liegenschaftliche Rechte[3]) entwickelte das deutsche Recht ein ähnliches Institut wie die römische Antichrese in der sog. älteren Satzung. Diese war Besitzpfandrecht. Dem Gläubiger wurde in bestimmter förmlicher Weise, in der Regel durch gerichtliche Fertigung vor Gericht oder Rat[4]) die Satzungsgewere, die ihm ein dingliches Recht am Gute verschaffte, eingeräumt. Er war dann berechtigt, die Nutzungen des Gutes zu ziehen. Dies geschah in Deutschland in der Regel in der Form der „Ewigsatzung" (mortgage), als Ersatz für die Nutzung des dargeliehenen Geldes,[5]) im Gegensatz zu der mehr im französischen Recht üblichen und dem kanonischen Recht entsprechenden „Todsatzung" (vifgage), bei welcher die Nutzungen nach Abzug der Unkosten auf das Kapital angerechnet wurden, das Kapital also allmählich amortisiert wurde.[6])

Allmählich mit dem zunehmenden Verkehr wurden Ewigsatzung und Todsatzung mehr einander angeglichen. Es trat bei der Ewigsatzung der Gedanke hervor, daß der Kredit u. U. zu teuer erkauft wurde. Hier wurde durch Vereinbarung der Parteien geholfen, die in der Regel dahin ging, daß der Gläubiger, soweit der Wert der Nutzungen einen angemessenen Satz überstieg, einen Zins zahlen mußte, oder daß die Nutzungen auf einen Teil der Früchte beschränkt wurden.[7]) Später trat die Todsatzung ganz an die Stelle der Ewigsatzung, weil diese als wucherlich angesehen wurde.[8])

Neben der älteren Satzung hatte das deutsche Recht allmählich ein nicht an den Besitz gebundenes, mehr dem heutigen Grundpfandrecht entsprechendes Pfandrecht in der sog. jüngeren Satzung ausgebildet.

---

[1]) Gierke, Schuld. u. Haftung S. 24.
[2]) Gierke, Dtsch. Privatrecht II Sachenrecht, S. 958 Anm. 13
[3]) Gierke, „ § 155 Anm. 50.
[4]) Stobbe-Lehmann S. 128.
[5]) „ S. 125, Gierke, Sachenr. S. 814
[6]) „ S. 126 f.
[7]) Stobbe-Lehmann S. 125; Kohler S. 103 ff.
[8]) Heusler, Institutionen II, S. 143. — Interessant ist, daß es schon bei der älteren Satzung vorkommt, daß der Satzungsgläubiger Besitz und Nutzungen auf den Eigentümer zurückübertragt, welcher gegen einen Mietzins als derivativer Besitzer im verpfändeten Hause wohnen bleibt (vgl. Stobbe-Lehmann § 111 S. 125), ein Vorgang, der sich in ähnlicher Weise beim Sicherungsnießbrauch wiederholt.

Auf diese beiden Pfandarten stieß mit der Rezeption das römische Recht, und es verdrängte mit seiner bereits viel beweglicher gestalteten Hypothek rasch die jüngere Satzung, die sich erst nach längerer Zeit aus einigen Partikularrechten heraus wieder durchzusetzen vermochte. Die ältere Satzung dagegen wurde niemals ganz verdrängt. Wegen ihrer Ähnlichkeit mit dem römischen antichretischen Pfandrecht hatte sie sich von Anfang an in den Partikularrechten erhalten und zwar sowohl als Ewigsatzung wie z. B. in Mecklenburg,[1]) wie als Todsatzung; nur wenige Partikularrechte haben das Nutzpfandrecht als mit dem Wucherverbot unvereinbar ganz verstoßen.[2])

Sehr eingehend wird die sowohl vom römischen wie vom deutschen Recht beeinflußte Antichrese im preußischen Allgemeinen Landrecht (Teil I, Titel 20, §§ 139 ff, 226 ff) behandelt. Bei fruchttragenden Gegenständen, Mobilien wie Immobilien, war der Pfandgläubiger zur Ziehung der Früchte verpflichtet und er haftete dabei für mäßiges Versehen (§ 142). Die Nutzungen wurden nach Abzug der Kosten zunächst auf die Zinsen und dann auf das Kapital als Abschlagszahlungen angerechnet (§§ 139, 140). Zur Entstehung der Antichrese war bei Mobilien Übergabe der Sache (§ 91), bei Immobilien außerdem Eintragung ins Grundbuch erforderlich (§§ 99, 100; pr. Ges. v. 5. Mai 1872 § 18), eine Übertragung des mittelbaren Besitzes genügte nicht; trotz der Eintragung hatte die Antichrese also völlig den Charakter des Faustpfandes. Eine Beschränkung der Vererblichkeit und Veräußerlichkeit findet sich im Gegensatz zum Nießbrauch des ALR. (I, 21 § 140) nicht. Bis zur Aufhebung der §§ 227 ff durch das Bundesgesetz vom 14. Nov. 1867, welches die Zinsbeschränkung aufhob, war außerdem zur Eintragung der Antichrese richterliche Bestätigung erforderlich, um heimlichen Wucher zu verhindern. Wichtig sind im Rahmen der zahlreichen Vorschriften, die das Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer regeln, die Bestimmungen über die Rechenschaftspflicht des Gläubigers (§§ 143 ff.).

Die Hauptschwäche des antichretischen Pfandrechts im ALR. war das strenge Festhalten an dem Erfordernis der tatsächlichen Gewaltausübung durch den Gläubiger.[3]) Dies scheint auch der Hauptgrund dafür gewesen zu sein, daß die Antichrese „im 19. Jahrhundert fast

---

[1]) Vgl. Böhlau, Z. f. Rechtsgesch. Bd. 10, S. 128 ff z. B. Plau: es ist allhie gebräuchlich, wann liegende Güter und gewisse Gelder, so darauf getan, verpfandet, so hat der eine das pignus, der andere das Geld zu gebrauchen.

[2]) Stobbe-Lehmann § 146, IV.

[3]) Vgl. R. G. 31, 322, J. W. 1896 S. 62, 86, K. G. Bl. 1896 S. 63, 1897 S. 87.

gänzlich außer Gebrauch gekommen ist"; [1]) es fehlte an einer zeitgemäßen Entwicklung dieses Rechtsinstituts, wie sie die Hypothek erfahren hatte. Daß das praktische Leben das Nutzpfandrecht an Grundstücken nicht entbehren konnte, hatten schon die Beratungen zum Code civil gezeigt. [2]) In noch stärkerem Maße erwies es sich in Deutschland. Trotz der ihr anhaftenden Mängel wurde zunächst die preußische Antichrese seit etwa 1870 wieder aufgenommen und schließlich mußte der Nießbrauch in steigendem Maße die Stelle des Nutzpfandes vertreten, als die Antichrese im BGB. keine Aufnahme fand. Gefördert wurde diese Entwicklung allerdings durch die anfängliche Rechtsprechung zu § 1124, die in der Bestellung des Nießbrauchs eine Verfügung über die Mietzinsen sah und infolgedessen auch besser berechtigten Hypothekaren die Mietzinsen für die Freizeit (früher ein halbes Jahr, seit der Novelle vom 8. Juni 1915 regelmäßig ein Vierteljahr) zugunsten des Nießbrauchers absprach. Daß dies aber nicht der Hauptgrund für die Benutzung des Nießbrauches als Ersatz der Antichrese ist, zeigt das noch heute überaus häufige Vorkommen des Sicherungsnießbrauchs, obgleich die weitere Rechtsprechung der Gerichte ihm keineswegs entgegengekommen ist.

§ 3. Gegenstand des Sicherungsnießbrauchs.

Die Praxis lehrt, daß der Nießbrauch als Sicherungsmittel in der Hauptsache bei Grundstücken vorkommt. [3]) Dies ist leicht erklärlich. Ist doch für bewegliche Sachen und Rechte durch die Bestimmungen der §§ 1213, 1214, 1273 Abs. 2 in solcher Weise gesorgt, daß die Anwendung der Nießbrauchsvorschriften irgendwelche Vorteile für den Gläubiger nicht bieten kann. Außerdem stehen bei beweglichen Sachen und Rechten die Sicherungsübereignung von Sachen und die Sicherungszession von Forderungen zur Verfügung, die dem Gläubiger gegebenenfalls, insbesondere wenn der Schuldner im Besitz der Sache bleiben möchte, die gewünschte stärkere Rechtsstellung zu geben vermögen.

Diese Mittel sind bei Grundstücken ungeeignet. Die starke Rechtsstellung, die dem Gläubiger mit einer Sicherungsübereignung eingeräumt würde, würde bei den hohen Objekten, um die es sich bei Immobilien regelmäßig handelt, für den Eigentümer eine große Gefahr bedeuten. Zudem würde die Übereignung unnötig hohe Auflassungs-

[1]) Dernburg, Pr. Privatrecht 4. Aufl. (1884) Bd. I S. 870 Anm. 8; in späteren Auflagen fehlt bezeichnenderweise diese Bemerkung; vgl. auch Dernburg, Preuß. Hypothekenrecht Bd. II (1891) S. 261.

[2]) Kohler S. 251.

[3]) Nußbaum § 4 S. 20, 25.

und Umschreibungskosten verursachen. Bei Grundstücken erscheint daher der Sicherungsnießbrauch als das nach dem BGB. geeignetste Mittel, dem Gläubiger die Nutzungen des Grundstücks zu gewähren.

Das regelmäßige Objekt des Sicherungsnießbrauchs unter den Grundstücken sind die Mietshäuser.[1]) Gerade sie sind es, die in Großstädten bei einer verhältnismäßig einfachen Verwaltung ganz erhebliche Nutzungen abwerfen können. Dazu kommt, daß die Mietszinsen dieser Häuser in aller Regel die einzige Grundlage für die Bezahlung der Hypothekenzinsen seitens des Eigentümers sind. Die Hypothekare haben daher unter Umständen ein großes Interesse daran, dem Eigentümer die Verfügungsmöglichkeit über die Mietzinsen, die ihm nach § 1124 jedenfalls für das laufende Vierteljahr bleibt, zu nehmen. Die Beschlagnahme nach § 1124 ist stets ein Mittel, dessen Anwendung nach Lage der Dinge unnötig hart und teuer sein kann.

Gegenstand des Sicherungsnießbrauchs kann auch ein Vermögen sein, besonders wenn es zu einem Grundstücke gehört. Zur Entscheidung eines höheren Gerichts hat bisher in dieser Beziehung nur ein Fall gestanden. Hier hatte der Eigentümer von mehreren Häusern einem Ausschuß seiner Gläubiger den Nießbrauch und die Verwaltung an seinem Vermögen unter Aufgabe seines Verfügungsrechtes zugunsten des Ausschusses eingeräumt. Das Reichsgericht[2]) verneint hier die Anwendbarkeit des § 311, weil es sich in Wirklichkeit garnicht um einen Nießbrauch, sondern um eine Verwaltung des Vermögens durch die Gläubiger als Treuhänder handle; ein solcher Vertrag aber, bei dem sich der Eigentümer zeitweilig der freien Bestimmung über die Art der Verwendung der Nutzungen zugunsten von Personen begebe, die ein Recht auf Befriedigung aus der Substanz und den Nutzungen des Vermögens hätten, sei kein besonders „inhaltsschweres" Geschäft, wie es § 311 verlange.

Diese Gründe erscheinen wenig überzeugend. Daß das vorgenommene Geschäft nach außen ein weniger inhaltsschweres Rechtsgeschäft darstellt als ein sonstiger Nießbrauch, wird vom Reichsgericht ohne ausreichende Begründung angenommen. Kann überhaupt ein Nießbrauch zur Sicherung eines Gläubigers bestellt werden — und diese Möglichkeit erkennt auch das Reichsgericht sonst an —, so muß auch die Formvorschrift des § 311 innegehalten werden, wenn ein Sicherungsnießbrauch am ganzen Vermögen bestellt wird. Der Nieß-

[1]) Denkbar ist der Sicherungsnießbrauch übrigens auch bei Hotels, Theatern und landwirtschaftlichen Grundstücken. Bei der hier vorhandenen komplizierten Natur der Verwaltung dürfte diese in der Regel dem Eigentümer selbst zu übertragen sein.

[2]) R. G. 72, 116.

brauch ist in diesem Fall so inhaltsschwer wie beim sonstigen Nießbrauch. Die übrigen Gründe widersprechen aber durchaus der sonstigen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Maßgebend scheint bei der Entscheidung überhaupt die Vermeidung der Formvorschrift gewesen zu sein.[1])

Kapitel II.

Die rechtliche Zulässigkeit des Sicherungsnießbrauchs

§ 4. Stellt der Sicherungsnießbrauch eine Umgehung des Gesetzes dar?

Die erste Frage, die sich beim Sicherungsnießbrauch erhebt, ist die, ob der Nießbrauch nach dem Gesetz überhaupt fähig ist, als Sicherungsmittel zu dienen. Wie oben dargestellt ist, hat man die Antichrese absichtlich ins BGB. nicht aufgenommen. Tatsache ist aber, daß der Sicherungsnießbrauch als Ersatz der Antichrese dient.[2]) Hinzu kommt, daß das BGB. in den §§ 1213, 1214, 1273 ausführlich das Nutzpfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten behandelt. Man könnte aus diesen beiden Tatsachen, der Nichtaufnahme der Antichrese an Grundstücken einerseits und der Regelung des Nutzpfandes an beweglichen Sachen und Rechten andererseits vielleicht als argumentum e contrario den Schluß ziehen, der Gesetzgeber habe durch die Nichtregelung des Nutzpfandrechts an Grundstücken dessen Erfolg verhindern wollen,[3]) der Sicherungsnießbrauch enthalte daher die Umgehung eines in der Nichtregelung im Gesetze enthaltenen Verbots.[4]) Dieser Schluß ist nicht berechtigt. Die Nichtregelung des Nutzpfandrechtes an Grundstücken hat ihren Grund darin, daß im Laufe des 19. Jahrhunderts die Verwendung der Antichrese so selten geworden war, daß man eine besondere Regelung nicht für gerechtfertigt hielt.[5]) Man glaubte, daß die Neuordnung des Hypothekenrechts dem Hypothekengläubiger eine ausreichende Sicherheit für seine Zinsforderungen gewähren würde, für ein etwa vorhandenes Bedürfnis würde eine obligatorische Vereinbarung genügen. Schon hieraus geht hervor, daß es dem Gesetzgeber fern lag, ein dingliches Nutzrecht des Gläubigers an den

[1]) Die Tatsache, daß der Sicherungsnießbrauch abgesehen von diesem Fall des Vermögensnießbrauchs nur bei Mietgrundstücken vorkommt, muß auch bestimmend sein für die folgenden Darlegungen. Diese werden sich also in erster Linie mit dem Sicherungsnießbrauch an Mietgrundstücken beschäftigen und die sonstigen Fälle nur bei Besprechung der Einzelheiten streifen.

[2]) Goldmann, Gruch. 57, 617 ff.

[3]) Vgl. R. G. 44, 107 ff; Enneccerus I, 1 § 177 II.

[4]) So Schneider im „Recht" 1907 S. 802 ff.

[5]) Motive 3, 631.

Nutzungen des Grundstücks überhaupt verhindern zu wollen. Hinzu kommt, daß die Hypothek sich schon gemäß § 1123 auf die Miet- und Pachtzinsen erstreckt, und daß der Hypothekar durch Herbeiführung der Zwangsverwaltung wirtschaftlich eine ähnliche Folge herbeizuführen vermag. Es besteht aber kein Grund, den Erfolg des Nutzpfandes als verboten anzusehen, wenn eine ähnliche Folge auf anderem Wege herbeigeführt werden kann. Berücksichtigt man schließlich, daß auch ein positiver Anhalt für die Ausschließung des Erfolgs im Gesetze fehlt, so kann von einer Umgehung des Gesetzes nicht die Rede sein.

Auch aus der Regelung des Nutzpfandrechtes an Mobilien läßt sich etwas Gegenteiliges nicht schließen. Indem man bei Grundstücken davon ausging, daß der Gläubiger durch die Regelung der die Miet- und Pachtzinsen umfassenden Hypotheken genügend gesichert sei, hat man dort, wo eine hypothekarische Verpfändung nicht möglich ist, bei den Mobilien, die Regelung des Nutzpfandrechtes für nötig gehalten. Es läßt sich daher gerade aus dieser Regelung der Schluß ziehen, daß der Erfolg eines dinglichen Nutzpfandrechtes vom Gesetzgeber durchaus gebilligt wird. Hiernach ist es zulässig, daß die Parteien den annähernd gleichen wirtschaftlichen Erfolg wie bei der Antichrese insoweit zu erreichen suchen, als es die Schranken im BGB. zulassen.[1]) Soweit also das Gesetz der Verwendung des Nießbrauchs nicht selbst Hindernisse entgegensetzt, ist der Nießbrauch auch als Sicherungsmittel zulässig.

§ 5. Der Sicherungsnießbrauch als fiduziarisches Geschäft.

Die Hauptbedenken, welche gegen eine solche Verwendung des Nießbrauchs zum Zwecke der Sicherung eines Gläubigers aus dem Gesetze selbst erwachsen, sind herzuleiten aus dem Wesen des Nießbrauchs, wie es in den gesetzlichen Bestimmungen seinen Ausdruck gefunden hat.

Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.[2]) Dieser Begriffsbestimmung des Nießbrauchs entspricht auch § 1030 Abs. 1. Aus dieser Definition des Nießbrauchs werden die Hauptangriffe gegen die Zulässigkeit des Nießbrauchs als Sicherungsmittel hergeleitet. Planck, der einzige Kommentar, der noch heute die Zulässigkeit des Sicherungsnießbrauchs bestreitet, führt folgen-

[1]) R. G. 67, 378; Turnau-Förster Bd. I S. 680. Natürlich ist es nicht ausgeschlossen, daß im Einzelfall die Bestellung eines Sicherungsnießbrauchs einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält. Hier genügt für andere Gläubiger der Schutz des § 138.

[2]) D 7, 1, 1.

des aus:[1]) Ein Rechtsgeschäft, in dem der Eigentümer eines Mietshauses einem Gläubiger den Nießbrauch einräume mit der Abrede, dieser solle Einnahmen und Ausgaben zunächst zu seiner Befriedigung, im übrigen für Rechnung des Eigentümers verwalten, habe mit dem Wesen und der Idee des Nießbrauchs sachlich nichts mehr gemein. Ohne Zweifel büße der Eigentümer eines Hauses die Nutzungen nicht dadurch ein, daß er sie zur Bezahlung seiner Schulden verwende. Ebensowenig beziehe aber der Gläubiger, der auf diese Weise bezahlt werde, die Nutzungen des Grundstücks, durch die Bestellung des Sicherungsnießbrauchs falle dem Gläubiger garnicht die „Nutzung" des Grundstücks zu. Der eigentliche Zweck des sog. Sicherungsnießbrauchs sei der, die Mieten den nachfolgenden Hypothekengläubigern zu entziehen, namentlich also die wohlerwogenen und zwingenden Vorschriften der §§ 1123 ff. zu umgehen.

Ähnlich geißelt Schneider[2]) den Sicherungsnießbrauch als einen Versuch, das Gesetz mit dessen eigenen Mitteln zu umgehen. Schließlich hat sich auch die Praxis[3]) zunächst gegen die Zulassung des Sicherungsnießbrauchs mit der Begründung gewehrt, bei dem Nießbrauche ziehe der Nießbraucher die gesamten Nutzungen ipso iure aus eigenem Rechte und im eigenen Interesse, während der Nutzpfandgläubiger und Sicherungsnießbraucher sie für fremde Rechnung ziehe; bei dem Sicherungsnießbrauch handele es sich also garnicht um einen Nießbrauch, sondern um ein Pfandrecht.

Die Praxis hat sich diesen auch sonst[4]) vorgebrachten Bedenken auf die Dauer nicht angeschlossen, seit etwa 1907 ist der Sicherungsnießbrauch in der Rechtsprechung unter Führung des Reichsgerichts[5]) und ebenso in der Wissenschaft[6]) anerkannt worden. Seine Bedeutung im praktischen Leben ist, wie die große Anzahl von Entscheidungen zeigt, außerordentlich groß, zumal in den Großstädten, in denen die Bedeutung der Nutzungen bei den großen Mietskasernen für die Gläubiger sehr erheblich ist. In der praktischen Ausgestaltung sind die Gerichte allerdings nicht immer glücklich gewesen, die Schuld hieran trifft z. T. aber das Gesetz selbst.

---

[1]) Vorbem. 5 vor § 1030.
[2]) Recht 1907, 802 ff.
[3]) OLG. 15, 369; 6,121; vgl. auch die oben erwähnte Entscheidung R. G. 72, 116.
[4]) Goldmann, Gruch. 57, 622 ff.
[5]) R. G. 67, 378; 68,10; 70,311; 81,150, und zahlreiche andere Entscheidungen; vgl. die Zusammenstellung bei Nußbaum S. 23.
[6]) Turnau-Förster 1, S. 680, Staudinger § 1030, IV; Wolff § 114 Anm. 9, Nußbaum S. 20 ff, 79 ff. Rodewald S. 20.

Bei der Charakterisierung des Sicherungsnießbrauchs stellt es das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung[1]) im wesentlichen auf den Unterschied zwischen dem abstrakten dinglichen Bestellungsgeschäft und dem obligatorischen Kausalgeschäft ab: Von dem dinglichen (abstrakten) Bestellungsgeschäft ist der Kausalvertrag zu unterscheiden, nur nach diesem bestimmt sich die Frage der Verwendung der Nutzungen; Vertragsfreiheit besteht, soweit sich nicht durch Gesetz insbesondere aus den für den Nießbrauch geltenden zwingenden Normen ein anderes ergibt. Sehr glücklich erscheint diese Formulierung deshalb nicht, weil in ihr nicht klar genug hervortritt, daß der Kausalvertrag den Abschluß des dinglichen Geschäftes wirklich bezwecken muß und die Bezeichnung des Rechtes als Nießbrauch nicht als Deckmantel für andere Zwecke dienen darf.[2]) Schärfer stellt man den Sicherungsnießbrauch in den großen Rahmen der fiduziarischen Geschäfte hinein, wie auch schon das Kammergericht in der Entscheidung vom 28. 2. 07[3]) den Sicherungsnießbrauch als fiduziarisches Geschäft bezeichnet hat.

Die Eigenart des fiduziarischen Geschäfts beruht darauf, daß die gewollte Rechtswirkung des vorgenommenen Geschäfts über den verfolgten wirtschaftlichen Zweck, hier also die Sicherung des Gläubigers, hinausgeht.[4]) Es treten mit anderen Worten im Innenverhältnis unter den Parteien nur die wirklich gewollten Wirkungen des tatsächlich vollzogenen Geschäfts ein.[5]) Diese Merkmale zeigen sich auch beim Sicherungsnießbrauch und wenn, wie oben dargelegt, verschiedene Schriftsteller und Gerichte den Sicherungsnießbrauch als mit dem Wesen des Nießbrauchs unvereinbar ablehnen, so verkennen diese eben den rein fiduziarischen Charakter des Sicherungsnießbrauchs. Der Sicherungsnießbraucher soll zwar im Innenverhältnis sich nur als Verwalter, Beauftragter betrachten,[6]) nach außen soll er dagegen als vollberechtigter Nießbraucher gelten, insbesondere auch gegenüber den Gläubigern des Eigentümers. Daß er im Innenverhältnis die gezogenen Nutzungen in bestimmter Weise zu verwenden hat, widerspricht nicht dem Charakter des Nießbrauchs. Die Nießbrauchsbestellung ist ein abstrakter Vertrag,[7]) diesem können deshalb die verschiedensten Kausalverhältnisse zugrunde gelegt werden.[8])

[1]) R. G. 67, 378.
[2]) OLG. 6, 121.
[3]) OLG. 15, 370.
[4]) Goldmann-Lilienthal I, § 37,7; Enneccerus I, § 138, II.
[5]) Goldmann-Lilienthal a. a. O.
[6]) Enneccerus I, § 138, II, 2.
[7]) Planck Vorbem. 5 vor § 1030; Staudinger § 1030, III, 2 g.
[8]) Wolff, § 115, I, 4.

Sieht man in dieser Weise in der Bestellung des Sicherungsnießbrauchs ein fiduziarisches Rechtsgeschäft, so vermeidet man auch den Eindruck, den die oben wiedergegebene Formulierung des Reichsgerichts erwecken kann, als ob der Kausalvertrag nicht ernstlich den abstrakten Nießbrauch im Auge habe. Der Kausalvertrag will nichts anderes, als das, was die Parteien dem Grundbuchamt gegenüber erklären. Die kausalen Vereinbarungen der Parteien sind ernstlich auf die Bestellung des Nießbrauchs gerichtet, nur im Innenverhältnis soll der Nießbraucher den Bestimmungen unterworfen sein, die der Kausalvertrag mit Rücksicht auf den auf Befriedigung des Gläubigers gerichteten Zweck getroffen hat.

Ist hiernach das dingliche Geschäft von den Parteien ernstlich gewollt, so entfällt auch der Vorwurf der Simulation, den man dem Sicherungsnießbrauch anfangs gemacht hat. Mag auch der eigentliche Zweck, den die Parteien mit der Bestellung des Sicherungsnießbrauchs im Auge haben, nur der sein, „die eine der Funktionen der Hypothek, dem Gläubiger Befriedigung aus den Erträgnissen des Grundstücks zu verschaffen, zur Auslösung zu bringen, ohne daß der Gläubiger es nötig hat, die Zwangsverwaltung zu betreiben",[1]) so soll dieser Zweck nach dem Parteiwillen gerade durch die über diesen Zweck im Erfolge hinausgehende Bestellung des Nießbrauchs erreicht werden, weil die Form der Antichrese den Parteien heute verschlossen ist.

§ 6. Enthält der Sicherungsnießbrauch eine Verletzung zwingender Gesetzesvorschriften?

1. Der Nießbrauch erstreckt sich, wie § 1030 Abs. 2 ergibt, grundsätzlich auf die sämtlichen Nutzungen der dem Nießbrauch unterworfenen Sache. Es ist daher nicht möglich, den Nießbrauch auf einzelne Nutzungen zu beschränken.[2]) Auch diese Bestimmung des § 1030 hat anfangs Anlaß gegeben, die Zulässigkeit des Sicherungsnießbrauchs zu verneinen,[3]) mit der Begründung, daß es eine Verletzung von § 1030 Abs. 2 bedeute, wenn nur die Mietzinsen dem Nießbrauch unterworfen würden. In ihrer Allgemeinheit ist diese Auf-

[1]) Kretzschmar, Sächs. Arch. 8, 112.

[2]) Wolff § 116, II, 3. Dadurch wird natürlich die erwähnte obligatorische Verpflichtung, die Nutzungen in einer bestimmten Weise zu verwenden, insbesondere auch einen Teil der Nutzungen an den Eigentümer abzuführen, nicht ausgeschlossen. Denn diese Abrede hindert nicht, daß der Nießbraucher nach außen hin die ganzen Nutzungen aus eigenem Rechte einzieht. Unzulässig wäre aber ein Nießbrauch, nach dem dem Nießbraucher nur die Hälfte der Einkünfte aus dem Grundstück zustehen soll, er also die Sache nicht dergestalt uneingeschränkt nutzen darf, daß der Eigentümer diese Nutzung des Nießbrauches zu dulden hat, falls nicht auch hier nur eine obligator. Abrede besteht (vgl. OLG. 26,85).

[3]) OLG 6,121; 15,369 f.

fassung nicht haltbar. Nutzungen einer Sache im Sinne des § 1030 sind gemäß § 100 die Früchte der Sache, sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt. Handelt es sich also, wie es in der Regel beim Sicherungsnießbrauch der Fall ist, um ein Mietshaus, so gehören zu den Nutzungen sowohl die Vorteile, die der Eigentümer bzw. der Nutzungsberechtigte durch eigene Benutzung (z. B. Wohnung, Garten) hat, wie die Einkünfte aus Vermietung oder Verpachtung. Da der Eigentümer sich einzelne Nutzungen vorbehalten kann, wie z. B., die Benutzung einer Wohnung sowie des Gartens oder etwa die Verwendung einer Außenfläche oder des Daches des Hauses für Reklamezwecke, so wird es durchaus die Regel sein, daß für den Sicherungsnießbraucher nur noch die Mietzinsen des Hauses übrig bleiben. In solchen Fällen die Annahme eines Nießbrauchs auszuschließen, widerspricht der klaren Fassung des Gesetzes.[1]) Sollen allerdings von einer Sache, die außer den Mietzinsen auch andere Früchte in erheblicher Menge bringt, nur die Mietzinsen Gegenstand des Nießbrauchs sein, so wäre das eine Verletzung des § 1030; in diesem Falle würde § 1090 die zutreffende Rechtsform sein.[2]) Im Einzelfall bedarf es also stets der Prüfung, ob der Sicherungsnießbrauch im wesentlichen die Nutzungen des ganzen Grundstücks erfassen soll.

2. Kommt es hiernach bei den Bedenken aus § 1030 Abs. 2 über den Umfang des Nießbrauchs mehr auf den Einzelfall an, so sind zwei weitere Bedenken die gegen die Zulässigkeit des Sicherungsnießbrauchs geltend gemacht werden, grundsätzlicher Natur, es handelt sich um die Ausschließung der Vererblichkeit und der Übertragbarkeit des Nießbrauchs durch die §§ 1061, 1059. Diese Vorschriften, die sich aus der engen Auffassung des Gesetzgebers vom Nießbrauch als einem familiären Verhältnis erklären, bereiten der praktischen Ausgestaltung des Sicherungsnießbrauchs erhebliche Schwierigkeiten. Ihrer Fassung nach handelt es sich hier um zwingende Vorschriften; sie lassen den Hauptunterschied zwischen der gemeinrechtlichen Antichrese, die vererblich und übertragbar war, und dem Sicherungsnießbrauch erkennen. Enthält der Sicherungsnießbrauch einen Verstoß gegen diese Vorschriften?

Das Gesetz selbst braucht einen Ausdruck, der auf ein Vertrauensverhaltnis hindeutet, nicht. Ja, in der Bestimmung des § 1059 Abs. 2, nach welcher die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen überlassen werden kann, läßt das Gesetz selbst Dritte in dieses fami-

[1]) Vergl. auch R. G. 67, 378.
[2]) Endemann § 103 Anm. 6.

liäre Verhältnis eindringen (vgl. auch § 857 Abs. 3 ZPO.). Ist mithin ein familiäres Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nach dem Gesetz nicht erforderlich, so hindern die §§ 1059, 1061 die Bestellung eines Nießbrauchs für einen Gläubiger seitens des Eigentümers nicht. Die Parteien müssen sich nur mit diesen zwingenden Vorschriften abfinden und sie in ihren Willen aufnehmen, denn hinwegsetzen können sie sich über sie nicht.[1]) Unzulässig ist daher z. B. eine Vereinbarung, nach welcher der Nießbrauch über den Tod des Gläubigers hinaus bestehen bleiben oder bei Übertragung der Forderung auf den Zessionar übergehen soll.[2]) Wie später gezeigt wird, gibt das Gesetz selbst verschiedene Handhaben, um die Härten, welche die Bestimmungen der §§ 1059, 1061 für den Sicherungsnießbrauch haben, etwas auszugleichen. Ausgeschlossen können diese Vorschriften nicht werden. Doch ist eine Ausschließung der Bestimmung des § 1061 nicht schon darin zu sehen, daß der Nießbrauch mit der Tilgung der durch den Nießbrauch gesicherten Forderung erlöschen soll.[3]) Solange nicht das Gegenteil aus den Parteiabreden klar ersichtlich ist, muß aus der Bezeichnung des Rechts als Nießbrauch entnommen werden, daß die Parteien die gesetzliche Begrenzung durch den Tod des Nießbrauchers anerkennen und daneben nur als weiteren Erlöschungsgrund die zulässige[4]) auflösende Bedingung der Tilgung der Forderung setzen wollen.[5])

[1]) Diese bisher wohl kaum bestrittene Lehre möchte neuerdings Reinhard (J. W. 1920, S. 28) für den Sicherungsnießbrauch nach dem Grundsatze umstoßen: cessante legis ratione, cessat lex ipsa: Die Vorschriften §§ 1059, 1061 hätten ihren gesetzgeberischen Grund darin, daß eine dauernde wirtschaftliche Ausschließung der Eigentümerrechte durch den Nießbrauch verhindert werden sollte, diese Gefahr bestünde aber bei dem auf kürzere Zeit berechneten Sicherungsnießbrauche nicht. So berechtigt diese Anregung auch de lege ferenda sein mag, so wenig ist sie mit der heutigen Fassung des Gesetzes zu vereinbaren. Der Nießbrauch, den Reinhard durch Ausschließung der §§ 1059, 1061 schaffen würde, wäre in seinem Wesen ein ganz anderer als der gesetzlich geregelte. Diese Auffassung würde gegen den Grundsatz des numerus clausus der beschränkten dinglichen Sachenrechte verstoßen, zumal so auf einem Umwege die Antichrese, die ausdrücklich aus diesem numerus clausus ausgeschlossen ist, wieder in das Gesetz eingeführt würde.

[2]) OLG. 6, 266; 15,367. U. U. kann übrigens durch Konversion eine Ausübungsüberlassung nach § 1059,2 angenommen werden.

[3]) So das Kammergericht in OLG. 6,266.

[4]) Vgl. unten § 8.

[5]) In einer späteren Entscheidung hat sich derselbe Senat des Kammergerichts (OLG. 15,368; vgl. auch R. G. 67,378) auch zu einer freieren Auslegung der Parteiabreden entschlossen, allerdings indem er die frühere Entscheidung durch folgende Erwägung zu rechtfertigen sucht: in jenem Falle sei der Kaufalvertrag in derselben Urkunde enthalten gewesen wie der Antrag auf Eintragung „jenes vorbeschriebenen Nießbrauchrechtes", im Kaufalvertrag sei aber die Dauer des Nießbrauchs ohne Rücksicht auf die Lebensdauer der Beteiligten bestimmt gewesen. Im vorliegenden Falle aber - Kaufalvertrag und Eintragungsbewilligung waren in verschiedenen Urkunden enthalten, ohne daß die Bewilligung auf den Kaufalvertrag Bezug nahm, im übrigen war der Tatbestand der gleiche — sei die Eintragung eines wahren Nieß-

Kapitel III.

Der Nießbrauch als Sicherungsmittel in seinem rechtlichen Aufbau.

§ 7. Der gesetzliche Inhalt des Sicherungsnießbrauchs.

1. Die Rechte, die dem Gläubiger durch die Einräumung des Sicherungsnießbrauches zufallen, sind sehr weitgehend, seine Stellung ist, jedenfalls solange nicht vorgehende Hypothekengläubiger ihre Rechte auf die Miet- und Pachtzinsen durch Beschlagnahme gemäß § 1124 geltend machen, Dritten gegenüber sehr stark. Er ist anstelle des Eigentümers der Nutzungsberechtigte und, soweit die Nutzungen in Betracht kommen, der Verwaltungsberechtigte. Insofern kann man den Nießbrauch als hervorragend geeignetes Mittel bezeichnen,[1]) um dem Gläubiger, insbesondere in Verbindung mit einer Hypothekenforderung, den Bezug seiner Zinsen zu sichern und ihn gegen eine Verschlechterung seines Befriedigungsobjektes zu schützen. Ohne Beschlagnahme wird dem Sicherungsnießbraucher der Zugriff auf die Miet- und Pachtzinsen des Grundstücks ermöglicht.

Das Recht des Nießbrauchers erschöpft sich nicht in einem Anspruch auf die Nutzungen. Dem Nießbraucher steht das Recht zu, diese Nutzungen selbst zu ziehen. Das Gesetz gibt ihm deshalb den Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes (§ 1036 Abs. 1). Im Gegensatz zur Antichrese des ALR.[2]) ist aber der Sicherungsnießbrauch nicht an die Einräumung des unmittelbaren Besitzes geknüpft. Ist das Grundstück bereits einem Mieter oder Pächter überlassen, so ist er, solange das Miet- oder Pachtverhältnis dauert, auf den mittelbaren Besitz beschränkt, denn er tritt gemäß §§ 577, 571 in das Miet- oder Pachtverhältnis ein; dem Mieter oder Pächter muß aber der unmittelbare Besitz gewährt werden.

Das Recht auf den Besitz steht dem Sicherungsnießbraucher auch gegen den Eigentümer zu, dem fiduziarischen Charakter des Nießbrauchs entsprechend aber nur soweit, als es der Zweck des Nießbrauchs verlangt. Es ist daher, falls eine solche Abrede nicht aus-

---

brauchrechtes beantragt gewesen. Diese Unterscheidung erscheint recht formalistisch. In der Praxis werden aber deshalb, um sicher zu gehen, Kausalvertrag und Eintragungsbewilligung in verschiedenen Urkunden aufgenommen! (Vgl. Goldmann, Gruch. 57, 624; Endemann § 103 Anm. 16; Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit S. 493.)

[1]) Rodewald S. 20.

[2]) ALR. I, 20 §§ 139 ff; R. G. 31, 322.

drücklich getroffen ist, als stillschweigende Vereinbarung anzusehen, daß der Eigentümer zum Betreten des Grundstücks berechtigt ist, z. B. um es Kauflustigen zu zeigen[1]). Denn der Sicherungsnießbrauch steht einer Veräußerung des Grundstücks nicht entgegen. Hindert der Sicherungsnießbraucher den Eigentümer an einem solchen Betreten des Grundstücks, so steht diesem sowohl der Schutz des § 1004 wie ein Anspruch aus dem (stillschweigenden) Vertrage zu. Möglich ist ferner, daß zwischen den Parteien Mitbesitz vereinbart wird, insbesondere dann, wenn dem Eigentümer die Ziehung einzelner Nutzungen vorbehalten ist[2]).

Es ist nicht erforderlich, daß der Sicherungsnießbraucher sein Herrschaftsrecht in eigener Person ausübt. Er kann einem Dritten Vollmacht zur Verwaltung erteilen oder ihm die Ausübung des Nießbrauchs gemäß § 1059,2 überlassen. Ja, er kann die Verwaltung des Grundstücks auch dem Eigentümer selbst als seinem Vertreter übertragen[3]). Wenn der Sicherungsnießbraucher im Innenverhältnis zum Eigentümer auch nur die fiduziarische Stellung eines Beauftragten haben soll, so hat er doch nach außen kraft der Nießbrauchsbestellung die Stellung des aus eigenem Rechte Nutzungsberechtigten. Diese Rechtsstellung durch den Eigentümer als seinen Vertreter ausüben zu lassen, besteht kein Hindernis. Die Übertragung der Verwaltung an den Eigentümer ist daher beim Sicherungsnießbrauch eine durchaus häufige Erscheinung geworden, besonders in Groß-Berlin. Den Interessen der Beteiligten ist damit auch durchaus gedient. Der Sicherungsnießbraucher wird in der Regel bei den großen Mietshäusern gar nicht in der Lage sein, die Verwaltung selbst auszuüben. Durch Beauftragung eines Dritten würden aber einmal nicht unerhebliche Kosten entstehen, um welche sich seine Nutzung vermindern würde; andrerseits ist er kraft seines Nießbrauchs jederzeit in der Lage, den unmittelbaren Besitz vom Eigentümer wieder herauszuverlangen. Durch diese Übertragung der Verwaltung wird aber auch das Interesse des Eigentümers wachgehalten. Außerdem wird hierdurch auch jegliches Aufsehen vermieden, während sonst der durchaus noch nicht zahlungsunfähige Eigentümer der Gefahr eines plötzlichen Ansturms seiner Gläubiger ausgesetzt wäre, dem er vielleicht nicht gewachsen wäre. In seiner Stellung als Beauftragter ist der Eigentümer dem Nießbraucher gemäß §§ 666, 667 zur Rechenschaft und zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet, soweit die Erträge nicht vereinbarungsgemäß für Reparaturen, Zahlungen von Grundstückslasten und sonstigen Unkosten zu verwenden

[1]) Seuff. Archiv 71,284.
[2]) Wolff § 116, I.
[3]) Nußbaum S. 21; OLG. 26, 90.

sind. Besitztechnisch ist der Eigentümer hier mittelbarer Eigen- und unmittelbarer Fremdbesitzer, der Nießbraucher mittelbarer Fremdbesitzer [1])[2]).

Dem Nießbraucher fallen grundsätzlich die gesamten Nutzungen zu; nur einzelne Nutzungen können, wie bereits erwähnt, vom Nießbrauch ausgeschlossen werden. Dies kann auch nach Bestellung des Nießbrauchs geschehen durch Verzicht auf einzelne Nutzungen [3]). Die Nutzungen des Grundstücks fallen dem Sicherungsnießbraucher nicht kraft einer besonderen Abtretung des Eigentümers, sondern kraft seines dinglichen Rechtes zu (vgl. § 99 Abs. 3). Bereits mit der Bestellung des Nießbrauchs scheidet der Anspruch auf die Erträge aus dem Vermögen des Eigentümers aus und geht in das des Nießbrauchers über [4]). Dieser tritt in die Mietverhältnisse des Nießbrauchsgrundstücks und damit in die Mietsforderungen im Augenblick der Nießbrauchsbestellung ein [5]). Er erwirbt alle Ansprüche, die während seiner Nießbrauchszeit fällig werden, und ferner solche, welche in dieser Zeit erfüllbar werden, soweit sie tatsächlich erfüllt werden [6]). Die Ausgleichung zwischen dem Eigentümer und dem Sicherungsnießbraucher erfolgt nach den Grundsätzen des § 101.

Der Sicherungsnießbraucher ist auf Grund seines Rechtes auch selbst zur Vermietung berechtigt, der Eigentümer als solcher verliert dieses Recht mit der Nießbrauchsbestellung.

Ist der Sicherungsnießbraucher in dieser Weise zur Nutzung berechtigt, so ist sein Recht auch hierauf beschränkt. Die Verfügung über die dem Nießbrauch unterworfenen Gegenstände mit Einschluß des zur Zeit der Nießbrauchsbestellung vorhandenen [7]) Zubehörs ist ihm entzogen, soweit nicht durch die Bestimmungen des u. U. auch auf den Sicherungsnießbrauch anwendbaren § 1048 eine Ausnahme geschaffen ist. Mit der Bestellung des Sicherungsnießbrauchs darf dem Nießbraucher mithin nicht die freie Verwaltung und Verfügungsmöglichkeit in einer Weise eingeräumt werden, daß er tatsächlich die Stellung eines Eigentümers erhält [8]), denn das würde dem Wesen des Nießbrauchs widersprechen.

---

[1]) Wolff, § 8, II.

[2]) Auf die Frage, in welchen Fällen der Sicherungsnießbraucher einem Zwangsverwalter den Besitz überlassen muß, ist unten in § 10 zurückzukommen.

[3]) Walsmann S. 77.

[4]) R. G. 68,13; 80,316; 81,149; Planck § 1030,3; Wolff § 116, II.

[5]) Wolff § 116, II Anm. 3., a. Anf. OLG. 6,267 f; 7,40, die den Zeitpunkt der Fälligkeit, und Staudinger § 1068 2 a γ, Planck § 1068, 2 a, welche den Zeitpunkt des § 101 Ziffer 2 BGB. für entscheidend halten.

[6]) Wolff a. a. O.

[7]) OLG. 38,29.

[8]) Vgl. Nußbaum S. 6,25; Wolff § 116, IV, Ehrlich S. 134, J. W. 1909, 725; a. A. Planck § 1030,2.

Bei Beeinträchtigung seines dinglichen Herrschaftsrechts stehen dem Sicherungsnießbraucher außer den Besitzschutzvorschriften gemäß § 1065 die Ansprüche zu, die der Eigentümer in solchen Fällen hat, insbesondere also der Herausgabeanspruch gemäß § 985, die Ansprüche aus §§ 987 ff und der Anspruch aus § 1004.

2. Eingehend regelt das Gesetz sodann das Schuldverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer. Auch diese Vorschriften sind durchaus zugeschnitten auf den Versorgungsnießbrauch und müssen sich in der Praxis soweit sie nicht wie die §§ 1059, 1061 zwingenden Charakter haben — für den Sicherungsnießbrauch eine Reihe von Veränderungen gefallen lassen.

Hierbei ist zu beachten, daß bei der Bestellung des Nießbrauchs Eigentümer und Besteller in der Regel miteinander identisch sind und daher Abänderungen des Inhalts des Legalschuldverhältnisses, soweit sie überhaupt gesetzlich zulässig sind, ohne Schwierigkeiten erfolgen können. Besteller und Eigentümer brauchen aber nicht notwendig dieselben Personen zu sein. Eine Verschiedenheit ist möglich, wenn der Eigentümer nach Bestellung des Nießbrauchs das Grundstück veräußert oder wenn ein eingetragener Nichteigentümer den Nießbrauch bestellt. In diesem Falle erwirbt der Gläubiger den Nießbrauch gemäß § 892, falls er gutgläubig ist, und zwar mit dem Inhalt, wie er vereinbart ist. Sind also Vorschriften des Legalschuldverhältnisses in gültiger Weise abgeändert, so muß dies auch der wirkliche Eigentümer gegen sich gelten lassen. Besonders geschützt ist der Nießbraucher, sobald ihm der Nießbrauch bestellt ist, für seine Verpflichtungen aus dem Legalschuldverhältnis gemäß § 1058. Zu seinen Gunsten gilt der Besteller als Eigentümer, solange er nicht weiß, daß Eigentümer und Besteller nicht identisch sind. Verschuldetes Nichtwissen steht hier im Gegensatz zur Bestellung der Kenntnis nicht gleich, und zwar selbst dann nicht, wenn der richtige Eigentümer eingetragen ist[1]). Sobald der Nießbraucher aber diese Kenntnis erhält, wird er durch Leistung an den Besteller nicht mehr befreit. Dies gilt aber, wie schon hier bemerkt sein mag, nur für das gesetzliche Schuldverhältnis einschließlich seiner gültig erfolgten Abänderungen, nicht für das später zu behandelnde, für den Sicherungsnießbrauch besonders wichtige vertragliche Schuldverhältnis. Dieses besteht nur zwischen Nießbraucher und Besteller. Der Nießbraucher ist also nur dem Besteller gegenüber zur Erfüllung solcher vertraglichen Vereinbarungen verpflichtet, falls nicht etwa, wie es bei Veräußerungen des Grundstücks nach Nießbrauch-

[1]) Goldmann-Lilienthal § 58 Anm 5; Planck § 1058,3, Staudinger § 1058,2.

bestellung der Fall sein kann, der bisherige dem neuen Eigentümer seine Forderungen aus dem vertraglichen Schuldverhältnis abtritt.

Die gesetzlichen Bestimmungen für das Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher beruhen z. T. auf einer Kodifikation der Verkehrssitte [1]), z. T. auf dem Wesen des Nießbrauchs, der die Nutzungen für die Nießbrauchszeit vom Stamm der Sache trennt, diesen aber dem Eigentümer erhalten will. Das Gesetz trifft daher verschiedene Bestimmungen, welche eine der Substanz drohende Gefahr möglichst beseitigen wollen. Diese das Wesen des Nießbrauchs bestimmenden Vorschriften sind zwingende, d. h. sie sind auch durch dahingehenden Vertrag nicht abänderlich. Hierhin gehört zunächst die Vorschrift, daß der Nießbraucher bei Ausübung des Nutzungsrechtes nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren hat. Zieht er in Verletzung dieser Pflicht Übermaßfrüchte, so erwirbt er zwar das Eigentum an ihnen nach der insoweit zwingenden [2]) Vorschrift des § 1039 Abs. 1 S. 1, er ist aber dem Eigentümer gemäß § 1039 Abs. 1 S. 2,3 Abs. 2 verpflichtet. Weiter gehören hierher die Bestimmungen der §§ 1042, 1044 [3]). Der Sicherungsnießbraucher hat also dem Eigentümer unverzüglich gemäß § 1042 Anzeige zu erstatten, wenn die Nießbrauchsache in Gefahr ist. Er muß sich Ausbesserungen und Erneuerungen der Sache seitens des Eigentümers in den Grenzen des § 1044 gefallen lassen.

Als zwingend sind auch die Vorschriften der §§ 1051, 1052, 1054 über die Pflicht des Nießbrauchers zur Sicherheitsleistung oder zur Duldung einer gerichtlichen Verwaltung bei Verletzung der ihm obliegenden gesetzlichen Pflichten oder bei der Besorgnis einer erheblichen Verletzung dieser Pflichten anzusehen [4]) und schließlich die Pflicht zur Rückgabe der Sache bei Beendigung des Nießbrauchs nach § 1055. Diese Pflichten sind beim Sicherungsnießbrauch wegen der weitgehenden fiduziarischen Rechtsstellung des Nießbrauchers besonders wichtig [5]).

Im übrigen handelt es sich bei der Vorschrift des Legalschuldverhältnisses nur um dispositive Vorschriften; durch eine Abänderung dieser Vorschriften wird der Nießbrauch in seinem Wesen nicht verletzt,

---

[1]) Ehrlich, S. 137.
[2]) Wolff § 117, III, 3.
[3]) Staudinger, Bem. 5 vor § 1030; Ehrlich S. 137, Endemann § 103,4.
[4]) Ehrlich S. 136; abweichend Wolff § 117 zu Anm. 24.
[5]) Zu beachten ist aber, daß dieser Schutz nur für das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher, nicht, wie bereits hier erwähnt werden mag, für das vertragliche zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller bezw. seinem Rechtsnachfolger gilt; er schützt den Eigentümer also nicht, wenn der Sicherungsnießbraucher z. B. die Abmachung über die Verwendung der Erträgnisse nicht innehält.

die Substanz der dem Nießbrauch unterliegenden Sache bleibt unversehrt. Die Abänderung dieser Bestimmungen kann rein obligatorisch durch Vereinbarung zwischen Besteller und Sicherungsnießbraucher erfolgen, dann wirkt sie auch nur zwischen diesen, der Nießbraucher kann sich auf zu seinen Gunsten erfolgte Abänderungen z. B. des § 1047 nicht gegenüber dem vom Besteller verschiedenen Eigentümer berufen. Eine solche obligatorische Abänderung der praktischen Bestimmungen kann u. U. auch stillschweigend erfolgen[1]), und das wird gerade beim Sicherungsnießbrauch mit Rücksicht auf die besonderen Zwecke, die mit diesem Nießbrauch verfolgt werden, vorkommen können.

Die Abänderung kann aber auch mit dinglicher Wirkung durch Einigung und Eintragung gemäß § 877 erfolgen, denn die gesetzlichen Bestimmungen über das Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer gehören zum Inhalt des Nießbrauchs[2]). Dementsprechend kann gemäß § 874, da die Bezeichnung des Rechts als Nießbrauch zur allgemeinen Kenntlichmachung genügt, bei der Eintragung der Abänderungen zur „näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts" auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

Zu diesen dispositiven Vorschriften gehört zunächst die Pflicht des Nießbrauchers zur Erhaltung der Nießbrauchsache in ihrem wirtschaftlichen Bestand, wie sie im einzelnen in den §§ 1036 Abs. 2, 1037, 1038, 1041, 1043 dargestellt ist, ferner gehört hierher die Pflicht zum Ersatz etwaiger Übermaßfrüchte, soweit diese infolge eines besonderen Ereignisses gezogen werden mußten[3]).

Die Erhaltungspflicht liegt an sich dem Nießbraucher ohne Rücksicht auf die Erträge der Sache ob[4]), er muß also auch dann, wenn die Nutzungen die Erhaltungskosten nicht decken, diese tragen. Diese Pflicht entspricht nicht dem Zwecke des Sicherungsnießbrauches, welcher dem Nießbraucher eine erhöhte Sicherheit und evtl. eine schnellere Befriedigung gewähren soll. Eine Abänderung, und zwar eine Abänderung mit dinglicher Wirksamkeit, erscheint hier also geboten, schon mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß der Eigentümer — Schuldner — das Grundstück veräußert. Bliebe in einem solchen Falle der Sicherungsnießbrauch bestehen, ohne daß der Erwerber z. B. die persönlichen Hypothekenforderungen übernähme, so wäre der Nießbraucher ohne dingliche Abänderung des § 1041 zur Tragung der Erhaltungskosten verpflichtet, auch wenn sie die Erträgnisse übersteigen. Er wäre hier

[1]) Vgl. unten zu § 1047; Goldmann, Gruch. 57,631.
[2]) Rosenberg § 877, I, 2 d; Wolff § 40, I zu Anm. 2; v. Tuhr § 2 zu Anm. 16.
[3]) Wolff § 117, III, 3.
[4]) Vgl. R. G. 72, 101 für den Fall des 1047.

zwar zur Aufgabe des Nießbrauchs berechtigt, würde damit aber seine Sicherheit auch in dem Fall verlieren, wenn die Erträge nur vorübergehend die Höhe der Erhaltungskosten nicht erreichen.

Die Rechtslage entspricht insofern ganz derjenigen im Falle des § 1047, gerade hier hat sie zu den größten Schwierigkeiten in der Praxis geführt. Das ist leicht erklärlich, da dem Sicherungsnießbraucher im Interesse einer nachhaltigen Nutzungsmöglichkeit die Erfüllung der Erhaltungspflichten viel näher liegen wird als die Erfüllung der Pflichten zur Tragung von Lasten, die ihm § 1047 auferlegt. Nach § 1047 hat der Nießbraucher dem Eigentümer (nicht Dritten) gegenüber die Pflicht, für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden Lasten sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten, die schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, zu tragen.[1]) Hat der Nießbraucher die Pflicht zur Tragung der Lasten gemäß § 1047 auch dann, wenn die von ihm gezogenen Nutzungen dazu nicht ausreichen?

Das Reichsgericht[2]) hat diese Frage für den Sicherungsnießbrauch[3]) bejaht mit der Begründung, § 1047 mache für diesen Fall keine Einschränkung und auch aus dem Wesen des Nießbrauchs gehe eine solche nicht hervor; § 1047 lege dem Nießbraucher die Pflicht auf, die auf der Sache ruhenden privatrechtlichen Lasten zu „tragen", das bedeute aber, daß er sie im bisherigen Umfange tragen müsse; daß diese Pflicht nur dem Eigentümer gegenüber bestünde, ändere hieran nichts. Dieser Entscheidung des Reichsgerechts scheint die Praxis zu folgen.[4]) Die Begründung des Reichsgerichts ist m. E. nicht stichhaltig. Das Reichsgericht hätte einmal unterscheiden müssen zwischen dinglich und nur obligatorisch wirkenden Vereinbarungen, und bei letzteren hätte es prüfen müssen, wieweit eine solche Vereinbarung auch stillschweigend getroffen werden kann. § 1047 geht davon aus, daß derjenige, der die Nutzungen einer Sache zieht, auch diejenigen auf der Sache ruhenden Lasten zu tragen hat, die gewöhnlich aus den Nutzungen bestritten zu werden pflegen. Durch Nichterfüllung dieser

[1]) Bei Nichtidentität zwischen Nießbraucher und Eigentümer hat der Nießbraucher diese Pflicht auch dann, wenn sie seinem Vertragsverhältnis mit dem Besteller widerspricht. Hat also der Eigentümer einem Hypothekar die Bestellung eines Sicherungsnießbrauchs versprochen, läßt er aber vor Eintragung des Nießbrauchs für einen anderen Gläubiger noch eine Hypothek eintragen und veräußert er das Haus nach Eintragung des Nießbrauchs an einen Dritten, so muß der Nießbraucher diesem gegenüber auch die Zinsen für die inzwischen eingetragene Hypothek tragen. Er kann sich nur vertraglich an seinen Besteller halten (vgl. Goldmann-Lilienthal § 58 Anm. 2).

[2]) R. G. 72, 101; a. A. besonders Salinger J. W. 1910, 159 ff.

[3]) Nußbaum S. 81 Anm. 3 irrt, wenn er hier keinen Sicherungsnießbrauch annimmt; das Gegenteil ergibt sich aus der Begründung der Entscheidung S. 101.

[4]) Vgl. OLG. 29, 351; K. G. Bl. 1916, 52.

Pflicht wird die Substanz als solche nicht berührt, nach der früheren Ausführungen ist daher die Vorschrift des § 1047 nicht als zwingende anzusehen.[1]) Ist aber eine vertragliche Abänderung des § 1047 möglich, so ist zu prüfen, ob sie nicht auch stillschweigend erfolgen kann. Es handelt sich bei § 1047, wie schon die Fassung ergibt, um rein schuldrechtliche Beziehungen zwischen Nießbraucher und Eigentümer. Wie aber auch sonst stillschweigend Willenserklärungen in der Art abgeben werden können, daß „die rechtliche Bedeutung der Worte oder Handlungen des Erklärenden nicht ohne weiteres hervortritt, sondern nur auf Grund der vorliegenden Umstände nach Maßgabe der Verkehrssitte erschlossen werden kann",[2]) so muß das auch beim Sicherungsnießbrauch gelten. Denn die Lage des Gläubigers, dem zu seiner vermehrten Sichrrung der Nießbrauch bestellt wird, hat dadurch nach dem zum Ausdruck gelangten Willen der Parteien verbessert, aber nicht verschlechert werden sollen.)[3] Bei der Auffassung des Reichsgerichts wird der Gläubiger ganz ungerechtfertigt geschädigt. Es ist daher beim Sicherungsnießbrauch eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien dahin anzunehmen, daß der Nießbraucher die Erhaltungskosten und die Lasten des Grundstücks nur insoweit zu tragen hat, als sie aus dem Einkünften berichtigt werden können.

Zu demselben Ergebnis kommt man übrigens auch auf folgendem Wege. Das fiduziarische Verhältnis zwischen Sicherungsnießbraucher und Eigentümer beruht im Innenverhältnis auf einem Auftrag. Der Sicherungsnießbraucher soll die Nutzungen ziehen und sich aus ihnen befriedigen. Legt das Gesetz ihm die Pflicht auf, die Lasten des Grundstücks in einem bestimmten Umfange zu tragen, so bedeutet diese Pflicht, soweit die Nutzungen nicht ausreichen, eine zur Ausführung des Auftrags erforderliche Aufwendung aus seinem Vermögen, die er gemäß § 670 ersetzt verlangen kann.[4]) Ist dies aber der Fall, so widerspricht es Treu und Glauben, wenn der Eigentümer — nur diesem gegenüber besteht die Pflicht aus dem § 1047, — den Nießbraucher zur Zahlung von Lasten anhalten könnte, die er ihm sofort wiederzuersetzen hat, zumal der Nießbraucher gemäß § 669 Vorschuß verlangen kann.

Dies gilt aber nur für das obligatorische Verhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller. Soll diese Beschränkung dingliche Wirkung gegenüber dem jeweiligen Eigentümer erhalten, so bedarf es der

[1]) Vgl. auch Motive 3, 517; Planck § 1047, 1.
[2]) v. Tuhr, II, 1, 419.
[3]) Nußbaum S. 84, Goldmann, Gruch. 57, 631.
[4]) Vgl. auch § 110 Abs. 1 HGB.

Einigung und der Eintragung, bei welcher wieder auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann.

Die übrigen gesetzlichen Bestimmungen über das Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer bieten für den Sicherungsnießbrauch keine Besonderheiten. Die Versicherungspflicht des Nießbrauchers, welche vertraglich abgeändert werden kann, sein Recht auf Ersatz von Verwendungen, die Verjährungsvorschriften haben bisher keinen Anlaß zu Entscheidungen geboten. Soweit die Vorschrift des § 1056 Besonderheiten für den Sicherungsnießbrauch bietet, sind sie bei Beendigung des Sicherungsnießbrauchs zu behandeln.

§ 8. Beendigung und Übertragbarkeit des Sicherungsnießbrauchs.

Während die Begründung des Sicherungsnießbrauchs keine Schwierigkeiten bietet und den gewöhnlichen Vorschriften folgt, sind in der Praxis über die Beendigung des Nießbrauchs eine Reihe von Zweifeln erwachsen. Nach § 1061 erlischt der Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers, bei einer juristischen Person mit dieser.

Wie bereits ausgeführt, ist die Lebensdauer des Sicherungsnießbrauchs entsprechend dem Zweck der Parteien weniger an das Leben des Nießbrauchers als an das Bestehen der gesicherten Forderung geknüpft, wenn auch die zwingende Vorschrift des § 1061 eine Grenze setzt. Hieraus ergeben sich zwei für die Ausgestaltung des Nießbrauchs als Sicherungsmittel bedeutsame Fragen:

1. Wie kommt der Sicherungsnießbrauch zum Erlöschen, wenn die gesicherte Forderung vor dem Tode des Nießbrauchers getilgt wird?
2. Wie kann das Erlöschen des Sicherungsnießbrauchs vermieden werden, wenn beim Tode des Nießbrauchers die Forderung noch nicht getilgt ist?

Ein drittes Problem, welches mit diesen Fragen in engstem Zusammenhang steht, knüpft sich an das bereits kurz gestreifte Verbot der Übertragung des Nießbrauchs:

3. Findet der Sicherungsnießbrauch mit der Übertragung der gesicherten Forderung an einen Dritten sein Ende, oder gibt das Gesetz Wege, eine solche Beendigung zu vermeiden?

ad I. Es ist unbestritten, daß der Nießbrauch nicht bis zum Tode des Nießbrauchers bestehen muß, sondern daß er früher sein Ende finden kann. Wie andere dingliche Rechte kann der Sicherungsnießbrauch[1]) durch Untergang der Sache (vgl. aber § 1016), durch

[1]) Wolff, § 118. II.

Buchversitzung gemäß § 901, durch Enteignung und Zwangsversteigerung, durch lastenfreien Erwerb seitens Dritter im Wege des guten Glaubens, bei beweglichen Sachen und Rechten auch durch Vereinigung des Eigentums mit dem Nießbrauch in einer Person (§§ 1063, 1072) erlöschen. Diese Gründe für ein Erlöschen stehen außerhalb des Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Nießbraucher, bieten daher für den Sicherungsnießbrauch nichts Besonderes. Für diesen sind von wesentlich höherer Bedeutung der Untergang des Nießbrauchs durch Verzicht und durch Eintreten des der Nießbrauchsbestellung beigefügten Endtermins oder der beigefügten auflösenden Bedingung.

Dem fiduziarischen Charakter des Nießbrauchs entsprechend ist der Nießbraucher, sobald die gesicherte Forderung getilgt und damit der Grund für die Bestellung des Nießbrauchs fortgefallen ist, dem Eigentümer zum Verzicht auf den Nießbrauch verpflichtet. Hierzu gehört[1]) bei Grundstücken Aufgabeerklärung und Löschung im Grundbuch. Ist der Sicherungsnießbrauch an einem Vermögen bestellt, so bedarf es zum Verzicht des Nießbrauchs an den zum Vermögen gehörenden beweglichen Sachen und Rechten nur der Aufgabeerklärung gegenüber dem Eigentümer oder Besteller (vgl. §§ 1064, 1072).

Das Erlöschen des Sicherungsnießbrauchs durch Verzicht sichert den Eigentümer aber nur schlecht gegen unlautere Handlungen des Nießbrauchers nach Tilgung der Forderung. Gibt der Sicherungsnießbraucher nach dieser Tilgung den Nießbrauch nicht freiwillig auf, so bedarf es erst eines Prozesses, um den Nießbraucher auf dem Wege des § 894 ZPO zur Abgabe der Aufgabeerklärung zu zwingen. Es liegt daher im Interesse der Parteien, das Erlöschen des Sicherungsnießbrauchs mit dinglicher Wirkung bei Tilgung der Forderung herbeizuführen. Den Weg hierzu bietet die Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins bei Bestellung des Sicherungsnießbrauchs.

Schon mit Rücksicht auf die erheblichen Kosten wird häufig der Sicherungsnießbrauch nur auf eine beschränkte Zeit bestellt, z. B. auf zwei oder fünf Jahre[2])[3]). Gegen die Zulässigkeit eines solchen zeitlich beschränkten Nießbrauchs bestehen rechtlich keine Bedenken, ebensowenig

[1]) Walsmann S. 14, S. 279.

[2]) Vgl. OLG. 20,120; 33,147; 31,226; R. G. 88,100; 56,388, L. Z. 1914 1378.

[3]) Um zu vermeiden, daß im Falle der Nichttilgung der Schuld in dieser Zeit inzwischen eingetragene Rechte vorgehen, wird des öfteren auch von vorneherein eine Vormerkung zur Erhaltung des Nießbrauchs eingetragen (vgl. OLG. 20, 120; 34, 226). Dagegen ist eine nachträgliche Verlängerung des für eine bestimmte Zeit eingetragenen Nießbrauchrechtes ausgeschlossen, da sie den durch den Zeitablauf nachrückenden Realgläubiger um eine Rangstelle bringen würde (K.G.J. 50 A 188), in diesem Falle bleibt nur Neueintragung des Nießbrauchrechtes mit neuem Rang möglich.

wie gegen die Zulässigkeit der Beifügung einer auflösenden Bedingung.[1]) Nach dem System des BGB. ist eine Bedingung oder Befristung nur in den gesetzlich bestimmten Fällen, wie z. B. gemäß § 925 Abs. 2 bei der Auflassung, ausgeschlossen, sonst finden die Vorschriften der §§ 158 ff, 163 Anwendung. Dingliche Wirkung kann die Beifügung einer Befristung oder einer auflösenden Bedingung nur haben, wenn sie eingetragen ist.[2]) Die Parteien müssen daher die im Kausalvertrag regelmäßig enthaltene auflösende Bedingung oder die Befristung auch in der Eintragungsbewilligung genügend zum Ausdruck bringen. Ist dies geschehen, so hat der Grundbuchrichter die Eintragung zu bewirken. Tritt die auflösende Bedingung ein, oder ist der Endtermin herangekommen, so erlischt der Nießbrauch ohne Aufgabeerklärung und Löschung. Die spätere Löschung hat nur die Bedeutung einer Berichtigung des Grundbuchs.[3])

Ist eine auflösende Bedingung oder ein Endtermin mangels genügender Kennzeichnung in der Eintragungsbewilligung nicht eingetragen, so erlischt der Nießbrauch nicht mit der Tilgung der Forderung, selbst dann nicht, wenn für diese noch ein Grundpfandrecht bestellt und nach Tilgung der Forderung gelöscht war, denn ein grundbuchrechtlicher Zusammenhang zwischen Grundpfandrecht und Sicherungsnießbrauch besteht, wie bereits erwähnt, nicht. Dadurch daß in den Kausalvertrag eine auflösende Bedingung oder ein Endtermin aufgenommen ist, wird das dingliche Recht noch nicht zu einem auflösend bedingten.[4]) Die Rechtslage ist dieselbe wie im ersten Fall, der Nießbraucher ist nur aus dem zugrundeliegenden Kausalvertrag wie aus § 812 Abs. 1 S. 2 obligatorisch zum Verzicht auf den Nießbrauch verpflichtet.

Eine formelle Frage ist schließlich für die Eintragung eines Endtermins oder einer auflösenden Bedingung noch zu beachten: kann hier auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden? Nach § 874

[1]) Güthe § 23 Anm. 4, Dernburg § 184,1, Kretzschmar Sächs. Arch. 8, 411; Reinhard J. W. 1920, 29; vgl. auch f. d. gem. Recht Blume Iher. Jahrb. 34, 286; Codex 3, 33, 12.

[2]) OLG. 18, 150, Nußbaum S. 80.

[3]) Die Löschung des Sicherungsnießbrauchs im Grundbuch erfolgt auf Grund einer öffentlich beglaubigten Löschungsbewilligung des Berechtigten (§§ 19, 29 G.B.O.). Die Bestimmungen der §§ 23, 24 G.B.O., nach denen ein Recht, das auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist oder das mit dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses erlischt — zu diesen Rechten gehört auch der Nießbrauch —, erst nach Ablauf eines Sperrjahres gelöscht werden darf, werden beim Sicherungsnießbrauch kaum praktisch werden, weil Rückstände von Leistungen beim Nießbrauch an Grundstücken regelmäßig ausgeschlossen sind, insbesondere weil Miet- und Pachtzinsen nicht aus dem Grundstück zu zahlen sind. (Vgl. Güthe § 23 Bem. 7 G.B.O.)

[4]) Wolff § 114 Anm. 9; Nußbaum S. 80, OLG. 18, 150; a. A. anscheinend R.G. 106, 109.

wäre dies nur möglich, falls es sich bei dem Endtermin oder der auflösenden Bedingung um den Inhalt des Rechts handeln würde. Zum Inhalt gehört jede Vereinbarung, die das Recht nach Art und Umfang, nach der Person des Berechtigten und nach seinem Gegenstand bestimmt.[1]) Ob hierzu auch Befristung und Bedingung gehören, ist streitig; die Frage ist aber zu verneinen, da es sich in diesen Fällen um eine die Dauer des Rechtes beschränkende Vertragsbestimmung handelt.[2]) Hiernach müssen Bedingung und Befristung aus dem Grundbuch ersichtlich sein.

Der Hauptunterschied zwischen dem Verzicht auf den Sicherungsnießbrauch und einem Erlöschen desselben durch Eintreten des Endtermins oder der auflösenden Bedingung zeigt sich bei der Anwendung des § 1056, wenn der Sicherungsnießbraucher über die Zeit seines Nießbrauchs hinaus das Grundstück vermietet oder verpachtet hat. Ist der Sicherungsnießbrauch unter einer Befristung oder auflösenden Bedingung eingetragen, so tritt nach § 1056 der Eigentümer in den Miet- oder Pachtvertrag ein, er ist aber berechtigt, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu kündigen.[3]) Mieter und Pächter müssen in diesem Falle daher stets stets mit einer Kündigung durch den Eigentümer rechnen. Durch eine solche Kündigung werden zwar die Verpflichtungen des Nießbrauchers als Vermieter nicht berührt, er ist also eventl. dem Mieter oder Pächter schadensersatzpflichtig,[4]) der Anspruch auf den Gebrauch der Sache geht diesem aber verloren. Besser gestellt sind Mieter und Pächter beim Verzicht des Sicherungsnießbrauchers. Hier ist gemäß § 1056, II, 2 die Kündigung erst von der Zeit ab zulässig, zu welcher der Nießbrauch ohne den Verzicht erlöschen würde, also im Zweifel erst mit Tode des Sicherungsnießbrauchers.[5]) Man wird übrigens mit Wolff[6]) die Bestimmung des § 1056 II, 2 dann nicht anwenden dürfen, wenn der Mieter bei Erwerb des Mietbesitzes die Pflicht des Nießbrauchers

[1]) Rosenberg § 874, I, 2.

[2]) OLG. 41,151; 31,226; R.G. 70,249; Güthe Bem. 8 zu § 50 G.B.O.; a. A. Rosenberg a. a. O.; zweifelnd R.G. 106, 109.

[3]) Soweit nicht heute die Mieterschutzbestimmungen eingreifen.

[4]) In der Praxis läßt sich deshalb der Nießbraucher die vorherige Zustimmung des Eigentümers zu Mietverträgen bis zu einer bestimmten Dauer geben (vgl. Formularbuch S. 193 in § 2), sodaß die Kündigungsbefugnis des Eigentümers bei solchen Mietverträgen erlischt, eine Haftbarmachung des Nießbrauchers also nicht in Frage kommt. Vgl. auch R.G. 63, 66; a. A. Staudinger § 1056,5.

[5]) Vgl. OLG. 18,150. Dies gilt natürlich nicht, wenn der Nießbrauch aus anderen Gründen schon früher erlischt oder das Miet- oder Pachtverhältnis schon früher infolge Ablaufs der Miet- oder Pachtzeit sein Ende gefunden hat. Dies wird praktisch regelmäßig der Fall sein, da im großstädtischen Grundstücksverkehr eine feste Vermietung auf eine längere Reihe von Jahren kaum vorkommen wird.

[6]) § 118, II, 2; a. A. OLG. 18,150; Staudinger § 1056 I e.

zur Aufgabe des Nießbrauchs bei Tilgung der Forderung kannte. Er kann in diesem Falle nicht besser gestellt werden als bei dem Erlöschen des Nießbrauchs infolge Eintretens einer auflösenden Bedingung oder des Endtermins.[1])

ad 2) Bereits oben ist ausgeführt, daß eine Erstreckung des Nießbrauchs über den Tod des Nießbrauchers hinaus ausgeschlossen ist. Für den Sicherungsnießbrauch enthält diese Beschränkung, wenigstens theoretisch, eine große Härte in den Fällen, in denen bei dem Tode des Sicherungsnießbrauchers die gesicherte Forderung noch nicht getilgt ist. Praktisch scheint diese Härte allerdings wenig hervorgetreten zu sein, die in den Entscheidungen behandelten Fälle enthalten Vertragsbestimmungen hierüber nicht und ebenso sieht das auf Veranlassung des Berliner Anwaltsvereins herausgegebene Formularbuch[2]) eine Verpflichtung des Eigentümers, den Nießbrauch im Falle des Todes des Nießbrauchers für seine Erben zu erneuern, im Kausalvertrag nicht vor. Es mag dies einmal damit zusammenhängen, daß eine solche Bestimmung nur geringen Schutz bietet, in der Hauptsache aber ist es wohl darauf zurückzuführen, daß die Parteien bei der Kurzfristigkeit des Sicherungsnießbrauches den Tod des Nießbrauchers noch nicht in Betracht ziehen.[3])

Theoretisch hat man verschiedene Wege vorgeschlagen, um hier einen Ausweg zu finden. Zunächst besteht die Möglichkeit, die obligatorische Verpflichtung des Eigentümers, den Nießbrauch für die Erben des Sicherungsnießbrauchers zu erneuern, durch eine Vormerkung zu sichern. Möglich wäre auch die Eintragung eines weiteren Sicherungsnießbrauches noch bei Lebzeiten des Nießbrauchers für seine Erben als vorläufig unbekannte Berechtigte, falls der zur Eintragung erforderliche Antrag und die Eintragungsbewilligung des Eigentümers vorliegen. Durch die Eintragung entsteht dann eine Anwartschaft der Erben, die zwar durch Antrag jedes Nachberechtigten auf Löschung zerstört werden kann, da das Grundbuch mangels Einigung noch unrichtig ist, die aber im übrigen durch spätere Nachholung der Einigung zum Vollrecht werden kann.[4])

---

[1]) Die Frage, ob diese Bestimmung des § 1056 II, 2 für den heute häufigsten Fall des Nießbrauchs, den Sicherungsnießbrauch, de lege ferenda beizubehalten wäre, dürfte zu verneinen sein (vgl. Planck Bem. 5 vor § 1030), wenn auch bei einer Neuregelung die Interessen der Mieter und Pächter, die mit einem solchen Verzicht mangels Eintragung im Grundbuch ja nicht rechnen können, zu berücksichtigen wären.

[2]) Formularbuch S. 493.

[3]) Vgl. Nußbaum S. 22, 68.

[4]) Wolff § 118, Anm. 12; v. Tuhr I, 194.

Auf eine dritte Möglichkeit weist Reinhard[1]) hin, welcher eine sofort wirksame Begründung des Nießbrauchs für die Erben durch Bestellung eines Pflegers für die unbekannten Erben für zulässig erachtet, mit dem sich der Besteller über die Begründung des Rechtes als eines mit dem Erbfall entstehenden Rechtes zu einigen hat.

Einen weiteren Weg zeigt die Bestimmung des § 1061, II, nach welcher der einer juristischen Person bestellte Nießbrauch mit ihr erlischt. Möglich wäre also die Bestellung des Sicherungsnießbrauches für eine zu diesem Zwecke gegründete juristische Person,[2]) etwa eine G. m. b. H., zumal diese mit dem Gläubiger der zu sichernden Forderung nicht identisch zu sein braucht, denn sie könnte nach § 1059,2 die Ausübung des Nießbrauchs einem Dritten, hier also dem Erben, überlassen. Man hat sogar von einem Plan gesprochen, zu diesem Zweck Nießbrauchsbanken zu errichten,[3]) von einer Durchführung dieses Plans ist aber ebensowenig bekannt geworden wie von der Bestellung eines Sicherungsnießbrauchs für eine mit dem Gläubiger nicht identische juristische Person.[4])

ad 3) Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich aus der Vorschrift des § 1059, durch welche im Gegensatz zum Code civil (Art. 595, 2118) und zum I. Entwurf des BGB. (§ 1015) die Übertragbarkeit des Nießbrauchs ausgeschlossen wird. Diese Vorschrift steht dem Zwecke des Sicherungsnießbrauchs insofern noch stärker entgegen als die des § 1061, als Forderungen, besonders wenn sie durch Hypotheken gesichert sind, häufig von einer Hand in die andere übergehen. Die vermehrte Sicherheit, welche der Forderung durch den Nießbrauch gegeben wird, besteht also nur für die Zeit, in welcher die Forderung in derselben Hand bleibt wie der grundsätzlich an die Person gefesselte Nießbrauch. Auch in diesem Falle könnte man eine solche Folge vermeiden durch Bestellung des Nießbrauchs für eine juristische Person,

[1]) Reinhard J. W. 1920 S. 28.

[2]) Wolff § 114 Anm. 9; Nußbaum S. 68; die Praxis stellt sogar eine offene Handelsgesellschaft der juristischen Person gleich (vgl. Goldmann-Lilienthal S. 57 Anm. 9; Staudinger § 1061,2; Wolff § 118, II, 1).

[3]) Wolff § 114 Anm. 9.

[4]) Praktisch würde dem seinem Charakter nach für eine begrenzte Zeit gedachten Sicherungsnießbrauch auch die übermäßige Ausdehnung, welche das BGB. dem Nießbrauch der juristischen Person gegeben hat, wenig entsprechen. Im Gegensatz zum I. Entwurf und zum Allg. Landrecht (I, 12 § 123), die den Nießbrauch der juristischen Personen auf 100 bzw. 50 Jahre begrenzten, findet sich im BGB. keine Begrenzung (vgl. hierzu auch Kretschmar, Sächs. Archiv 15, 180). Dies kann zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führen, wenn die Parteien die Befristung einer auflösenden Bedingung bei der Eintragung unterlassen haben, denn hier hat, wie oben dargestellt, der Verzicht der juristischen Person auf den Nießbrauch für den Mieter nach § 1056, II, 2 keine Bedeutung. Auch die Kostenfrage dürfte beim Sicherungsnießbrauch für eine juristische Person ein praktisches Hindernis bilden (vgl. Nußbaum S. 69).

die die Ausübung des Nießbrauchs dem jeweiligen Zessionar überlassen würde. Aber auch hier ist die Begründung einer juristischen Person bisher nicht bekannt geworden.

Die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an den Zessionar[1]) selbst gemäß § 1059, 2 scheint nicht sehr beliebt zu sein. Das Nießbrauchsverhältnis bleibt in diesem Falle zwischen Nießbraucher und Eigentümer bestehen. Der Nießbrauch wäre also einerseits an die Person des Nießbrauchers gebunden, durch seinen Verzicht oder seinen Tod würde der Nießbrauch erlöschen; andererseits würde der Nießbraucher dem Eigentümer für ein Verschulden des Zessionars bei Ausübung des Nießbrauchs haften.[2]) Das eine widerspricht dem Interesse des Zessionars, das andere dem des Nießbrauchers. Aber auch das Interesse des Eigentümers steht nicht ohne weiteres im Einklang mit einer solchen Ausübungsüberlassung, denn die Übertragung des Nießbrauchs setzt bei der weitgehenden fiduziarischen Stellung des Nießbrauchers ein gewisses Vertrauensverhältnis voraus, ein solches aber würde bei der Ausübungsüberlassung an einen beliebigen Zessionar fehlen. Man muß daher im Zweifel annehmen, daß die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an jeden Zessionar nicht dem Willen der Parteien bei der Nießbrauchbestellung entspricht und ausgeschlossen sein soll.[3]) Der Nießbrauch bleibt hiernach zunächst bei dem Zedenten, und man könnte vielleicht annehmen, daß dieser berechtigt sei, die Nießbrauchsrechte für Rechnung des Zessionars auszuüben. Aber auch diese Annahme entspricht im Zweifel nicht dem Willen der Parteien, es kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß der Nießbrauch fremden Interessen dienen sollte. Im allgemeinen ist daher der Sicherungsnießbraucher bei Übertragung der Forderung zum Verzicht auf den Nießbrauch verpflichtet.

Ausgeschlossen ist natürlich nicht eine Abmachung der Parteien, daß der Nießbraucher berechtigt sein soll, die Ausübung des Nießbrauchs einem Zessionar der Forderung zu überlassen. Die Stellung des Zessionars in einem solchen Falle ist überaus zweifelhaft. Die Natur dieser Ausübungsbefugnis ist sehr streitig. Die alte schon aus dem gemeinen Recht[4]) stammende Streitfrage, ob die Überlassung ein dingliches,[5]) gegenüber Dritten wirkendes Recht oder nur obligatorische

[1]) Vgl. OLG. 15, 370; 18, 150; 26, 95; R.G. 88, 100; 93, 122; 101, 5; Gruch. 56, 975.
[2]) Staudinger § 1059, 2 e.
[3]) OLG. 15, 370; a. A. anscheinend Wolff § 111 Anm. 9.
[4]) v. Blume, Jher. Jahrb. 34, 281 ff.
[5]) So jetzt Eccius, Gruch. 50, 503 ff; Kretzschmar L.Z. 1911, 992; derf. Gruch. 65, 432; vgl. auch OLG. 18, 152.

Befugnisse des Ausübungsberechtigten gegenüber dem Nießbraucher[1]) schaffe, ist durch das BGB. nicht gelöst worden. Die Entscheidung dieser Frage ist für den Sicherungsnießbrauch insofern von Bedeutung, als von ihr die weitere Frage abhängt, ob der Ausübungsberechtigte gegenüber Pfändungen Dritter ein selbständiges Widerspruchsrecht aus § 771 ZPO. hat.[2]) Man wird nach einer auch vom Reichsgericht vertretenen Mittelmeinung[3]) die rein dingliche Natur, mithin auch die von Eccius und Kretschmar behauptete Eintragungsfähigkeit der Ausübungsbefugnis ablehnen müssen. Denn eintragungsfähig sind nur die im Sachenrecht geregelten dinglichen Rechte, die Ausübungsüberlassung kann aber nicht als ein Zweitnießbrauch[4]) behandelt werden, der Berechtigte soll nicht einen Nießbrauch, sondern nach der klaren Fassung des Gesetzes etwas wesentliches Schwächeres erhalten.[5]) Für die Stellung des Ausübungsberechtigten kommt es vielmehr darauf an, ob der Parteiwille dahin ging, daß der Ausübungsberechtigte die ihm überlassenen Befugnisse im eigenen oder im Namen des Nießbrauchers ausüben sollte.[6]) Im letzteren Falle besteht zwischen Nießbraucher und Ausübungsberechtigtem ein ausschließlich obligatorisches Verhältnis. Der Berechtigte hat die Stellung eines Vertreters, er macht die Rechte des Nießbrauchers in dessen Namen, wenn auch für eigene Rechnung geltend. Im ersteren Falle dagegen soll er diese Rechte nicht im Namen des Nießbrauchers, sondern im eigenen Namen geltend machen,[7]) dazu gehört aber, daß ihm der Anspruch auf die einzelnen Befugnisse des Nießbrauchers durch die Ausübungsüberlassung abgetreten sein soll. Zu einer solchen Annahme genügt aber nicht, wie später noch näher darzulegen ist, die bloße Tatsache der Ausübungsüberlassung, auch wenn diese ausdrücklich zur Sicherung erfolgte; dazu gehören vielmehr ganz besondere Momente, die zu einer solchen Auslegung der Parteiabmachungen berechtigen.[8]) Liegen solche Momente aber vor, so handelt es sich nicht mehr um rein obligatorisch wirkende Beziehungen zwischen Nießbraucher und Ausübungsberechtigtem, sondern um eine

[1]) So Biermann § 1059, 2; Güthe Vorbem. 20 vor § 13 G.B.O.; vgl. auch OLG. 26, 95.

[2]) Vgl. unten Kap. IV.

[3]) Gruch. 56, 975; R.G. 74, 83; 88, 100; 101, 5; J. W. 1912, 870; Nußbaum S. 66 f; R.G.R. Komm. § 1059, 1.

[4]) Oertmann, Jher. Jahrb. 66, 144.

[5]) Nußbaum S. 67.

[6]) Gruchot 56, 976.

[7]) Vgl. R.G.R. Komm. § 1059, 1; Wolff § 118, I.

[8]) R.G. 101, 8; a. A. OLG. 18, 152; nach dieser Entscheidung schließt die Ausübungsunterlassung zum mindesten die „Übereignung" derjenigen Rechte in sich, die dem Nießbraucher hinsichtlich des Fruchterwerbes zustehen. Von einer solchen Übereignung kann aber nicht die Rede sein.

mit Wirkung gegen Dritte ausgestattete Abtretung der dem Nießbraucher aus dem Nießbrauche jeweils zufließenden Rechte. Kraft dieser Abtretung ist der Ausübungsberechtigte befugt, die einzelnen Mietzinsen im eigenen Namen geltend zu machen,[1]) eine Belastung des Nießbrauchs ist darin nicht enthalten. Der Nießbrauch bleibt bei dem Nießbraucher und ist an dessen Person gebunden. Verzichtet dieser also auf den Nießbrauch oder stirbt er, so erlöschen mit dem Nießbrauch auch die Befugnisse des Ausübungsberechtigten.[2]) Einen gewissen Schutz bietet diesem u. U. die Bestimmung des § 1056, aber nur, wenn er zugleich Mieter oder Pächter ist, das wird aber beim Sicherungsnießbrauch kaum vorkommen.[3])

Streitig ist allerdings auch bei den Vertretern dieser Mittelmeinung, ob diese Ausübungsbefugnis eintragbar ist[4]) oder nicht.[5]) Die Eintragung ist aber abzulehnen, denn die beschränkte dingliche Wirkung der Ausübungsüberlassung ist nicht auf ein beschränktes dingliches Sachenrecht, sondern auf die dinglich wirkende Abtretung der Befugnisse des Nießbrauchers zurückzuführen. Auch aus dem Gesichtspunkte der Inhaltsänderung nach § 877 kann die Überlassung der Ausübung nicht eingetragen werden, wie anscheinend Rosenberg[6]) und Biermann[7]) wollen. Denn ein Personenwechsel berührt nicht den Inhalt des Rechts.[8]) [9])

Diese Darlegungen, auf die noch zurückzukommen ist, zeigen, daß die Ausübungsüberlassung des Sicherungsnießbrauchs, falls sie vertraglich überhaupt zulässig ist, und deren Pfändung zwar möglich und auch praktisch nicht ohne Bedeutung sind, daß sie aber keineswegs einen vollwertigen Ersatz für die Übertragung des Nießbrauchs zu bieten vermögen.

---

[1]) Nur in diesem Falle hat auch der Ausübungsberechtigte ein eigenes Widerspruchsrecht aus § 771 ZPO (vgl. unten § 10).

[2]) Falls der Nießbraucher dem Ausübungsberechtigten zur Ausübungsüberlassung verpflichtet war, macht er sich durch Verzicht ev. schadensersatzpflichtig.

[3]) Nußbaum S. 61 ff. 68.

[4]) Staudinger § 1059; R.G.R. Komm. § 1059,1

[5]) Wolff § 118 zu Anm. 3, Nußbaum S. 66/67.

[6]) § 877, I, 2 e.

[7]) § 877.

[8]) OLG. 43,7; Goldmann-Lilienthal § 38 Anm. 5.

[9]) Ebensowenig kann das in der Pfändung der Ausübung des Nießbrauchs (vgl. § 857, III ZPO) enthaltene Veräußerungsverbot eingetragen werden, Nußbaum S. 67; a. A. R.G. 74,83 für den Fall der Pfändung des Hypothekennießbrauchs; Predari G.B.O. zu §§ 23, 24, 1 Aa.

§ 9. Das kausale Schuldverhältnis zwischen Besteller und Sicherungsnießbraucher.

Der Kaufalvertrag enthält die das Innenverhältnis der Parteien regelnden Bestimmungen.[1]) Formbedürftig ist er gemäß § 311 nur, wenn sich der Schuldner verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen mit einem Nießbrauch zu belasten.[2]) Die causa des Vertrages ist regelmäßig die Sicherung einer Forderung durch den erleichterten, nicht an eine Beschlagnahme gebundenen Zugriff auf die Mietzinsen.[3]) Häufig ist damit auch ein Befriedigungszweck in der Art verbunden, daß die vom Nießbraucher gezogenen Nutzungen in bestimmter Weise zur allmählichen Tilgung des Kapitals verwandt werden sollen.

Dem Recht des Sicherungsnießbrauchers auf die Erträgnisse zum Zweck seiner Befriedigung entspricht das Recht des Eigentümers auf ordentliche Nutzung durch den Sicherungsnießbraucher. Während der Versorgungsnießbraucher nur das Recht zur Ziehung der Nutzungen hat, eine Pflicht hierzu aber für ihn nur insoweit besteht, als es zur Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande notwendig ist, ist der Sicherungsnießbraucher obligatorisch verpflichtet, die bei ordentlicher Wirtschaft zu erzielenden Nutzungen auch wirklich zu ziehen. Verletzt er diese Pflicht, so macht er sich dem Eigentümer gegenüber schadensersatzpflichtig, die Zwangsmittel aus § 1051 ff stehen hier allerdings, wie bereits oben erwähnt, nicht zur Verfügung.

In engem Zusammenhang mit dieser Frage steht die Frage der Aufgabe des Nießbrauchs. Während der gewöhnliche Nießbraucher sich jederzeit durch Aufgabe des Nießbrauchs von den gesetzlichen Verpflichtungen befreien kann, ist beim Sicherungsnießbrauch aus dem zugrunde liegenden Kaufalgeschäft zu entscheiden, ob sich der Sicherungsnießbraucher durch Aufgabe des Rechtes gemäß § 875 von den ihm obliegenden Verpflichtungen befreit. Falls keine nachhaltigen Erträge zu erzielen sind, wird man eine solche Befreiung annehmen müssen, da der Sicherungsnießbrauch ja dazu dienen soll, dem Nießbraucher Erträge zu verschaffen, nicht aber dazu, dem Eigentümer die Lasten der Verwaltung abzunehmen. Sind aber nachhaltige Erträge zu erzielen und soll der Nießbraucher nach den Vereinbarungen diese

[1]) Formularbuch S. 493 f.

[2]) Vgl. J. W. 1909, 725.

[3]) Gewöhnlich dient der Sicherungsnießbrauch der vermehrten Sicherung einer bereits durch Hypothek gesicherten Forderung, meist der 2. Hypothek, da die 1. Hypothek, welche in den Großstädten bis zu 60% des Wertes (vgl. Nußbaum, Hypothekenwesen S. 215) umfaßt, genügend gesichert scheint, nötig ist das aber nicht (vgl. z. B. R. G. 61, 416; 68,10, Seuff. Arch. 61,14; 62,163). Möglich ist auch ein Sicherungsnießbrauch für einen Bürgen mit der Abrede, daß die Ausübung des Nießbrauchs durch diesen von seiner Inanspruchnahme als Bürge abhängig sein soll (OLG 26,89).

zur allmählichen Amortisation der Schuld verwenden, so würde sich der Nießbraucher durch Aufgabe des Nießbrauchs schadensersatzpflichtig machen.[1])

Die Hauptvereinbarungen im Kaufalvertrage betreffen in der Regel die Art der Verwendung der gezogenen Nutzungen. Dabei können außer Betracht bleiben die bereits im gesetzlichen Schuldverhältnis besprochenen Verpflichtungen zur Begleichung der gewöhnlichen Erhaltungskosten, der öffentlichen und der vorgehenden vertraglichen Lasten. Zu erwähnen bleibt nur, daß vertraglich diese Verpflichtung zur Tragung der Lasten häufig dahin erweitert wird, daß der Nießbraucher die Zinsen seiner eigenen und der nachfolgenden Belastungen zu tragen hat, bevor er die Überschüsse auf seine Kapitalforderung verrechnen darf. Ist bestimmt, daß der Nießbraucher etwaige Überschüsse aus der Verwaltung nach Bezahlung der Verwaltungskosten und der öffentlichen und der vorgehenden privaten Lasten auf seine Kapitalforderung verrechnen soll, so entsteht die wichtige Frage, ob er ohne weiteres nach Bezahlung der ihm obliegenden Verpflichtungen die Verrechnung vornehmen darf oder ob er für künftige Ausgaben die ganzen Überschüsse oder einen Teil davon zurückzulegen hat. Man wird die Frage mit dem Oberlandesgericht Dresden[2]) dahin zu beantworten haben, daß eine solche Verrechnung solange zulässig ist, als nach Würdigung aller Umstände die Deckung der besser berechtigten Ansprüche durch zu erwartende Eingänge auch für die Zukunft gesichert erscheint.[3])

Zu dem obligatorischen Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller gehören auch die mannigfachen Abreden[4]) über die Pflicht des Bestellers, die Verwaltung des Grundstücks im Namen und für Rechnung des Nießbrauchers zu führen,[5]) über die früher erwähnte Ermächtigung des Nießbrauchers zum Abschluß langfristiger Mietverträge, zur Vornahme außergewöhnlicher Ausbesserungen und zur Einziehung der Versicherungssumme bei Brandschaden.[6]) Hierunter fällt ferner die Verpflichtung, bei Tilgung der Forderung den Nießbrauch aufzugeben, falls nicht für diesen Fall eine auflösende Bedingung der Eintragung beigefügt ist, und schließlich die Pflicht, über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen. In der Regel wird eine hierhin gehende Ver-

---

[1]) Goldmann-Lilienthal, II, 418 Anm. 6.
[2]) Sächs. Arch. 1916, 430.
[3]) Zustimmend Nußbaum S. 81/82; vgl. auch Reinhard J. W. 1920, 28.
[4]) Vgl. Formularbuch S. 493 §§ 2 ff.
[5]) Vgl. oben § 7,1.
[6]) In einer solchen Abrede kann sehr wohl eine Vollmacht zur Annahme der Zahlung für den Eigentümer liegen, die Abrede hat also auch praktische Bedeutung; a. A. Nußbaum S. 22, Anm. 5.

pflichtung des Sicherungsnießbrauchers ausdrücklich begründet werden, nötig ist es jedoch nicht.[1]) Die Rechenschaftspflicht könnte wohl schon aus der Analogie von § 1214 hergeleitet werden. Einfacher ist die Begründung aus dem fiduziarischen Verhältnis zwischen den Parteien. Im Innenverhältnis hat der Sicherungsnießbraucher lediglich die Stellung eines Beauftragten, als solcher hat er aber auf Grund des § 666 Rechenschaft abzulegen und zwar grundsätzlich nach Ausführung des Auftrags. Man wird aber beim Sicherungsnießbrauch, der in der Regel doch Mietgrundstücke ergreift, jährliche Rechenschaftsablegung, als dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprechend, anzunehmen haben.

Bemerkenswert erscheint — darauf weist Nußbaum mit Recht hin —, daß der Mangel der Dinglichkeit bei diesen obligatorischen Abreden, welche gerade für den Sicherungsnießbrauch von besonderer Bedeutung sind, zu Entscheidungen kaum Anlaß gegeben hat. Man wird mit Nußbaum den Grund darin zu suchen haben, daß der Sicherungsnießbraucher nicht besonders beschwert ist, weil das obligatorische Verhältnis für ihn in der Hauptsache nur Verpflichtungen mit sich bringt, während der Besteller durch die Ausschließung der Übertragbarkeit geschützt ist und bei Ausübungsüberlassung dadurch, daß der berechtigte Dritte sich Einwendungen aus dem Kausalverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller entgegen setzen lassen muß. Hinzu kommt, daß ein mit einem Nießbrauch belastetes Grundstück praktisch fast unveräußerlich ist, daß daher bei Veräußerungen der Sicherungsnießbraucher in der Regel wegen seiner Forderung befriedigt wird.

Kapitel IV.

Der Sicherungsnießbrauch in der Praxis.

§ 10. Kollision zwischen Sicherungsnießbraucher und anderen Gläubigern des Eigentümers beim Zugriff auf die Mietzinsen.

1a) Aus der bisherigen Betrachtung ergibt sich die Zulässigkeit und der rechtliche Aufbau des Sicherungsnießbrauches. Es bleibt jetzt die Frage zu prüfen, ob er sich im praktischen Leben als brauchbares Mittel für den Gläubiger erweist, seine Stellung anderen Gläubigern gegenüber zu stärken. Dies wird sich in der Regel erst dann zeigen, wenn der Eigentümer des Grundstücks in Zahlungsschwierigkeiten gerät, die Gläubiger also in Gefahr kommen, ihr Geld zu ver-

[1]) a. A. OLG. 26,93.

lieren. Wie verhält sich dann der Sicherungsnießbrauch gegenüber den anderen Forderungen?

Die Lösung muß verschieden sein, je nachdem die Gläubiger nur eine persönliche Forderung haben oder außerdem dinglich durch eine Hypothek gesichert sind, und im letzteren Falle wird es wieder darauf ankommen, welchen Rang Sicherungsnießbrauch und Hypothek unter einander haben. Soweit ein Zusammenstoß zwischen Sicherungsnießbrauch und einem persönlichen Gläubiger in Frage kommt, bietet das Gesetz in den §§ 577, 573 die Anhaltspunkte für die Lösung. Es kommt in diesen Fällen in der Hauptsache darauf an, ob der Sicherungsnießbrauch zu der Zeit, zu welcher die persönliche Forderung geltend gemacht wird, bereits besteht oder nicht. Im einzelnen werden sich die Voraussetzungen und Ergebnisse bei Betrachtung der praktischen Fälle ergeben.

Für die Kollission zwischen Sicherungsnießbrauch und dinglich gesichertem Gläubiger kommen an gesetzlichen Bestimmungen in Betracht die §§ 879, 1123, 1124. Das Rangverhältnis zwischen Sicherungsnießbrauch und Hypothek bestimmt sich hiernach grundsätzlich nach dem Tage der Eintragung,[1]) da die beiden Rechte in verschiedenen Abteilungen des Grundbuchs eingetragen werden. Ist zugleich mit dem Sicherungsnießbrauch eine Hypothek für denselben Gläubiger eingetragen, so stehen die beiden Rechte im Range gleich, im übrigen besteht ein grundbuchrechtlicher Zusammenhang zwischen ihnen nicht. Dies zeigt sich in dem häufig vorkommenden Falle, daß ein Hypothekar sich durch Bestellung eines Sicherungsnießbrauches noch stärker sichern will, ein Nießbrauch aber erst im Range nach einer anderen Hypothek eingetragen werden kann. Das Grundbuch kennt einen Zusammenhang zwischen zwei eingetragenen Rechten nicht. Grundbuchrechtlich gibt es zwischen solchen Rechten nur ein Rangverhältnis, aber keine organische Verbindung.[2]) Beide Rechte sind selbständige, in ihrem rechtlichen Bestande von einander unabhängige Rechte, die nur durch die Forderung, zu deren Sicherheit sie bestellt sind, mit einander verknüpft sind. Ihr Schicksal wird zwar von dieser Forderung beeinflußt, aber keineswegs gleichmäßig. So geht bei Abtretung der Forderung die Hypothek auf den Zessionar über; beim Sicherungsnießbrauch erhält der Zessionar höchstens die Ausübung des Nießbrauchs, in der Regel muß aber der Nießbraucher in diesem Falle auf den Nießbrauch verzichten. Bei Tilgung der Forderung wird die Hypothek

[1]) Vgl. R.G. 81,150; 88,101; Gruch. 58,1032; 59,1061.

[2]) Kretzschmar J. W. 1921, S. 1357 zu VII; a. A. Stillschweig J. W. 1921, S. 202 ff. bes. S. 204, 210.

in der Regel Eigentümergrundschuld, während der Sicherungsnießbrauch entweder erlischt oder für den Nießbraucher die Pflicht zur Aufgabe des Nießbrauchs erwächst.

Nach § 879 geht die rangbessere Hypothek grundsätzlich dem Sicherungsnießbrauch, der rangbessere Nießbrauch der Hypothek vor. Dies gilt auch für die Mietzinsen, denn die Hypothek erstreckt sich gemäß § 1123,I auf die Mietzinsen, für den Nießbraucher sind aber die Mietzinsen ein Teil der ihm zustehenden Nutzungen. Dieser Grundsatz wird durchbrochen durch die §§ 1123,II, 1124. Nach diesen Bestimmungen wird die Mietzinsforderung von der hypothekarischen Haftung frei, wenn sie nicht binnen Jahresfrist nach Fälligkeit zugunsten des Hypothekengläubigers beschlagnahmt wird oder wenn der Eigentümer vor einer solchen Beschlagnahme über sie verfügt. Die Beschlagnahme bewirkt — abgesehen von der hier unwesentlichen Ausnahme des § 1123, II,2 —, daß die Wirksamkeit der Verfügung in der Regel auf das laufende Kalendervierteljahr, ausnahmsweise, bei Verfügungen im letzten halben Monat eines Quartals, auf das laufende und folgende Vierteljahr beschränkt wird. Diese Regelung führt gerade beim Sicherungsnießbrauch zu großen praktischen Schwierigkeiten, die in der Frage gipfeln: Enthält die Bestellung des Sicherungsnießbrauchs eine Verfügung über die Mietzinsen im Sinne des § 1124?

Bevor diese Frage des näheren untersucht wird, ist eine andere für die spätere Behandlung wichtige Frage kurz zu erörtern: Was ist eine Beschlagnahme im Sinne des § 1124? Erst die Beschlagnahme legt das hypothekarische Recht an der Mietzinsforderung fest; die Verfügung durchbricht das Recht des Hypothekengläubigers für das Freizeit, die Beschlagnahme bringt dieses Recht wieder zur Geltung, wenn auch endgültig erst mit Ablauf der Freizeit.[1])

Die Beschlagnahme des Zwangs-Versteigerungsverfahrens ist keine Beschlagnahme im Sinne des § 1124, denn sie umfaßt nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 21 Abs. 2 Z. V. G. nicht die Mietzinsforderungen. Die Wirkung des § 1124 wird immer herbeigeführt durch die Beschlagnahme des Zwangsverwaltungsverfahrens (gleich Verwaltungsbeschlagnahme), denn diese erfaßt auch die Mietzinsen (§ 148 Abs. 1 Z. V. G.). Es fragt sich aber, ob diese Verwaltungsbeschlagnahme die einzig mögliche im Sinne des § 1124 ist. Dies hängt davon ab, ob das Wort „Beschlagnahme" im § 1124 im technischen Sinne des Wortes nach dem Zwangsversteigerungsgesetz,

[1]) Stillschweig J. W. 1921 S. 202.

der Zivilprozeßordnung und der Konkursordnung (vgl. §§ 20ff, 118, 173 Z. V. G.; 810, 865 ZPO., 13 KO) verwandt ist oder im allgemeineren Sinne „einer Ergreifung und Festlegung einer Sache oder eines Rechts zu einem bestimmten Zwecke, insbesondere zum Zwecke der Zwangsvollstreckung".[1]) Nach § 1117 erfolgt die Befriedigung des Hypothekengläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, im Wege der Zwangsvollstreckung. Was hierunter zu verstehen ist, ergibt sich nicht aus § 1117, sondern aus dem Prozeßrecht.[2]) Nun bestimmt § 865 Abs. 1 ZPO., daß die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen auch die Gegenstände umfaßt, auf welche sich bei Grundstücken die Hypothek erstreckt, also auch die Mietzinsen. Hiermit ist aber, wie sich aus § 865 Abs. 2 ergibt, nicht gesagt, daß die Beschlagnahme der Mietzinsen nur im Wege der Immobiliarvollstreckung erfolgen könne. Dies ist ausdrücklich nur für das Zubehör bestimmt worden. Es unterliegen daher die Mietzinsen der Zwangsvollstreckung im Wege der Mobiliarvollstreckung, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist. Ob nun der betreibende Gläubiger ein persönlicher oder ein Realgläubiger ist, kann keinen Unterschied machen, denn auch der letztere hat nach § 1117 das Recht, sich aus den Mietzinsen im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen.[3]) Hinzu kommt, daß die Zwangsvollstreckung in einem Falle in das Mobiliarvermögen zulässig ist, obgleich es sich auch um einen Anspruch aus einer Hypothek handeln kann; hat sich der Eigentümer in einer notariellen Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung wegen einer Hypothek unterworfen, so findet gemäß § 791 Ziff. 5 die Zwangsvollstreckung statt; zwischen Mobiliar- und Immobiliarpfändung wird hier nicht unterschieden. Ist aber überhaupt auf Grund eines hypothekarischen Anspruchs die Mobiliarzwangsvollstreckung möglich, so ist nicht einzusehen, weshalb Gläubiger, denen die Mietzinsen nach dem Gesetze haften, schlechter gestellt sein sollen als andere Gläubiger.[4]) Neuerdings macht Buka[5]) gegen die herrschende Lehre folgendes geltend: das Pfandrecht der ZPO. sei wie das des BGB. nur ein akzessorisches Recht und setze begrifflich eine persönliche Forderung voraus. Der dingliche Schuldtitel stelle aber kein persönliches Forderungsrecht dar

[1]) R. G. 81,146; vgl. R. G. 23,56; 29,242; 31,318; 42,88.
[2]) Vgl. Prot. 3, 571, 572.
[3]) Gaupp-Stein § 865, III.
[4]) So die herrschende Lehre: R.G. 86,135; 88,99; 101,5; Staudinger § 1123, I, 5 c; Biermann § 1121 Ziff. 2 b β.
[5]) L. Z. 1919, 423; gegen Buka besonders Stillschweig L. Z. 1919, 570, Wolff § 135 Anm. 23.

und könne daher ein Pfandrecht nicht zur Entstehung bringen. Diese Ansicht erscheint nicht begründet; sie beruht auf der unrichtigen Voraussetzung, daß das Pfändungspfandrecht da es nach § 804 ZPO. dem vertraglichen Pfandrecht gleichgestellt sei, wie dieses eine persönliche Forderung voraussetze. Das ist aber nicht der Fall, § 804 ZPO. regelt nicht die Voraussetzungen, sondern nur die Wirkungen des Pfändungspfandrechtes. Etwas anderes sagt auch Stein,[1]) auf den sich Buka beruft, nicht.

Daß schließlich auch der Ausdruck „Beschlagnahme" im § 1124 der herrschenden Lehre nicht entgegensteht, zeigt die eigene Terminologie des BGB., das in § 392 ausdrücklich die Beschlagnahme einer Forderung erwähnt.[2])

Voraussetzung für die Zulassung der Pfändung als Beschlagnahme im Sinne des § 1124 ist stets, daß sie auf Grund eines dinglichen Titels erfolgt. Denn das ist der Sinn des § 1124, daß trotz der dinglichen Haftung der Mietzinsen eine Verfügung über dieselben solange möglich sein soll, bis der Hypothekar durch Beschlagnahme ein dingliches Recht auf die Mietzinsen geltend macht.[3]) In der Geltendmachung der persönlichen Forderung liegt dagegen keine Erfassung der der Hypothek als solcher unterliegenden Mietzinsen als Gegenstand der dinglichen Verhaftung.[4])

Beschlagnahme im Sinne des § 1124 sind hiernach die Verwaltungsbeschlagnahme wie die Pfändungsbeschlagnahme. Sehr viel umstrittener ist der Begriff der Verfügung nach § 1124. Feststehendes Ergebnis der Rechtsprechung ist hier zunächst, daß den rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Vermieters die gegen ihn im Wege der Zwangsvollstreckung durch Pfändung und Überweisung erfolgenden Verfügungen gleichzustellen sind.[5]) Zu solchen Verfügungen gehört nach gleichfalls feststehender Lehre auch die dingliche Pfändung von Mietzinsen, denn jede Pfändung bewirkt außer dem staatlichen Akt der Beschlagnahme noch eine allerdings erzwungene Verfügung des Vollstreckungsschuldners.[6])

Im übrigen ist der Begriff der Verfügung insbesondere seit den Ausführungen Nußbaums[7]) und Stillschweigs[8]) heute wieder lebhaft umkämpft. Die Praxis hat die Frage nach anfänglichem Schwanken[9])

[1]) Gaupp-Stein Bem. II u. III zu § 804, bes. Anm. 3.
[2]) OLG. 18,166; 18,170.
[3]) OLG. 14,110.
[4]) Herrsch. Lehre, vgl. auch R. G. 81,146.
[5]) R. G. 64,118; 76,118; 58,185; 59,177. Staudinger § 1124, II, 1 b.
[6]) R. G. 103,140.
[7]) Nußbaum S. 70 ff.
[8]) Stillschweig J. W. 1921, 201 ff.
[9]) OLG. 4,328.

unter dem Vorgange des Reichsgerichts[1]) dahin entschieden, daß die Bestellung des Nießbrauchs an einem Grundstücke zwar eine Verfügung über das Grundstück, nicht aber eine solche über die Mietzinsen bedeute. Das Reichsgericht stützt sich für seine Auffassung hauptsächlich auf folgende Erwägungen:

Der Nießbraucher eines Grundstücks sei nach § 577, soweit seine Stellung zum Mieter in Betracht komme, ganz dem Erwerber des Grundstück gleichgestellt. Der Erwerber sei aber hinsichtlich der einzelnen Mietzinsen nicht Zessionar des Veräußerers. Dieser Gedanke sei bei der zweiten Lesung des Entwurfs ausdrücklich abgelehnt. Die einzelnen Mietzinsen entstünden, soweit ihre Fälligkeit in die Zeit nach dem Übergange des Eigentums falle, neu in der Person des jetzigen Eigentümers; könne aber bei der Veräußerung des Grundstücks keine Rede davon sein, daß er die einzelnen Mietzinsen kraft einer Verfügung des Veräußerers erwerbe, so müsse das Gleiche für den Nießbraucher gelten, der gemäß § 577 in derselben Weise wie der Erwerber in die bestehenden Mietverträge eintrete. Hinzu komme, daß die Hypothek sich auf die Mietzinsen auch dann erstrecke, wenn nicht der Eigentümer, sondern der Hstpothekengläubiger nachstehende Nießbraucher vermietet habe. In diesem Falle könnten aber die Mietzinsen nur durch eine Verfügung des Nießbrauchers gemäß § 1124 pfandfrei werden. Der Nießbraucher könne aber in dem Falle, daß der Eigentümer vermietet habe, nicht besser gestellt sein, als wenn er selbst vermietet hätte.

Die von Nußbaum und Stillschweig vertretene Gegenansicht[2]) hält den Verfügungsbegriff des Reichsgerichts für zu eng;

Man könne ihm mit demselben Recht einen weiteren Verfügungsbegriff gegenüberstellen. Das Recht des Nießbrauchers sei seinem wesentlichen Inhalte nach von vorneherein auf die Fruchtziehung gerichtet, das Recht auf die Mietzinsen beruhe also auf einem rechtsgeschäftlichen Akt, dann beruhe es aber auf einer Verfügung. Zwischen den Bestellungsakt und die rechtliche Erfassung der Mieten das Gesetz als selbständigen Verursachungsgrund einzuschieben, sei eine Konstruktion, die zum mindesten nichts Zwingendes habe. Wenn man weiter auf den Zweck des § 1124 zurückgehe, nach welchem dem Eigentümer für einen gewissen Zeitraum die freie Verfügung über die Mieten verbleiben solle, so gehe daraus hervor, daß die

[1]) R. G. 68,10.
[2]) Zustimmend Löwenwärter J. W. 1921, S. 13,58.

Bestellung des Nießbrauchs in gleichem Maße als Verfügung anzusehen sei wie z. B. die Abtretung der Mietzinsen.[1])

Mit der Bestellung des Nießbrauchs werde zugleich über das Mietbezugsrecht, also auch über dessen Gegenstand, die einzelnen Mietsforderungen, verfügt. Wer den Ast absäge, trenne auch die an ihm hängenden Früchte vom Baum. In dem Mietbezugsrechte sei auch das Recht auf künftige Forderungen enthalten, also auch auf Forderungen aus Mietverträgen, die der Nießbraucher selbst abschließen werde. Mithin sei auch über diese Forderungen mit der Nießbrauchbestellung verfügt, der Nießbraucher also für die Freizeit geschützt.[2])

Man wird Nußbaum und Stillschweig darin beistimmen müssen, wenn sie in ihren weiteren Ausführungen solche mehr oder weniger rein theoretischen Erwägungen nicht unbedingt maßgebend sein lassen wollen. Begriffe sind, wie Nußbaum sagt, mehrdeutig. Es werden daher im folgenden zunächst diese theoretischen Ansichten erörtert werden und sodann bei Betrachtung der verschiedenen Kollusionsfälle die praktischen Ergebnisse der beiden Ansichten gegenübergestellt werden.

Rein theoretisch erscheint die herrschende Lehre stärker begründet. Verfügungen sind diejenigen Rechtsgeschäfte, die auf Änderung eines Rechtes gerichtet sind und diese Änderung unmittelbar herbeiführen.[3]) Eine Verfügung über ein Recht liegt demnach nicht vor, wenn die Veränderung des Rechts sich nur als mittelbare, gesetzliche Folge eines Rechtsgeschäfts darstellt.[4]) Es kann nun zunächst zweifelhaft sein, ob dieser aus den ganzen gesetzlichen Vorschriften über die Verfügung hergerichtete Verfügungsbegriff auch für den § 1124 maßgebend ist. § 1124 erwähnt als Beispiele von solchen Verfügungen insbesondere die Einziehung der Mietzinsen, die Übertragung der Mietzinsforderung auf einen Dritten und stellt dieser Übertragung die Veräußerung des Grundstücks ohne die Forderung gleich. Diese Beispiele entsprechen der obigen Definition der Verfügung. Es bleibt also zu prüfen, ob das Gesetz auch mittelbare Einwirkungen auf die Mietzinsforderungen treffen will, wenn es in § 1124 vom Mietzins weiter heißt: „oder wird vor der Beschlagnahme in anderer Weise über ihn verfügt."

Die Miet- und Pachtzinsansprüche unterliegen der Haftung des Hypothekars, auch wenn nicht der Eigentümer, sondern der Nießbraucher der Vermieter des Grundstücks ist.[5]) Es kann nun keinem Zweifel

[1]) Nußbaum S. 71.
[2]) Stillschweig J. W. 1924 S. 202.
[3]) v. Tuhr II, 1 S. 239; R. G. 106,112; 49,116; 92,35; 94,82.
[4]) v. Tuhr a. a. O.; vgl. auch denselben a. a. O. S. 163.
[5]) Wolff § 135, IV, Staudinger § 1123, 1, 2. OLG. 26,141.

unterliegen, daß von einer unmittelbaren Verfügung über die Mietzinsen begrifflich in dem Falle keine Rede sein kann, in welchem der Nießbraucher selbst in Ausübung seines Nutzungsrechtes vermietet hat. Hier bestand zur Zeit der Nießbrauchsbestellung noch nicht einmal eine betagte Forderung, über die hätte verfügt werden können. Nicht viel anders liegt es aber in den Fällen, in denen der Nießbraucher gemäß §§ 577, 571 in die vom Eigentümer abgeschlossenen Mietverträge eingetreten ist. Der Nießbraucher ist kraft der Bestellung des Nießbrauchs nach § 1030 berechtigt, die Nutzungen der Sache zu ziehen. Zu diesen Nutzungen gehören auch die Erträgnisse, die das Nießbrauchsrecht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (§§ 100, 99, III). Der Nießbraucher erwirbt diese Früchte allein kraft Gesetzes, auch ohne daß die Parteien bei Bestellung des Nießbrauchs hieran denken und ohne daß sich die Einigung hierauf zu beziehen brauchte. Die Mietzinsforderungen entstehen für diese Zeit überhaupt nicht für den Eigentümer, sondern für den Nießbraucher.[1] [2])

Kann hiernach in der Bestellung des Nießbrauchs eine unmittelbare Übertragung der Mietzinsen nicht gesehen werden, so kann man mit Stillschweig höchstens von einer Verfügung über das Mietsbezugsrecht sprechen. Doch von einer solchen Verfügung kann nur bei einer vermieteten Sache gesprochen werden. Bei einem nicht vermieteten Hause besteht kein Mietbezugsrecht des Eigentümers, über das er mit der Nießbrauchsbestellung verfügen kann. Gegenstand der Verfügung kann also nur das Nutzungsrecht[3]) des Eigentümers sein. Wie aber das Eigentum selbst, von dem der Nießbrauch nur einen Ausschnitt bildet, begrifflich unbeschränkt ist, so auch das Nutzungsrecht des Nießbrauchers.[4]) Nur einzelne Nutzungen können abgesondert werden. Die Verfügung über den Mietzins dagegen trifft nicht einen begrifflich unbegrenzten Ausschnitt aus dem Eigentum, sondern eine ganz fest umrissene Forderung. Zwischen der Verfügung über das Mietbezugsrecht und der Verfügung über die Mietzinsen besteht also ein großer Unterschied.

Auch von dem Ausgangspunkte Stillschweigs müßte man also theoretisch zu dem Ergebnis der herrschenden Lehre kommen. Still-

---

[1]) Vgl. Hellwig S. 431.

[2]) Eine andere Frage ist es, ob die Parteien neben der Nießbrauchsbestellung noch eine Verfügung über die Mietzinsen als solche in der Art vornehmen können, daß der Eigentümer die Mietzinsen kraft besonderer Vereinbarung an den Nießbraucher abtritt. Auf diese Frage kann aber erst später eingegangen werden.

[3]) Dies ist präziser als die gewöhnliche Bezeichnung der Nießbrauchsbestellung als Verfügung über das Grundstück (vgl. auch Kretzschmar J. W. 1921 S. 1355 u.).

[4]) Wolff § 51, v. Tuhr II, 1 S. 63 ff.

schweig meint nun: Wer den Ast absägt, trennt auch die Früchte. Dieser Satz hat schon rein logisch seine Bedenken. Soll das auch der Fall sein, wenn der Baum getrennt wird? Das Beispiel ist aber überhaupt schief. Die Früchte sind noch Bestandteile des Baumes, während dies bei den Mietzinsen nicht der Fall ist. Hinzu kommt Folgendes: Die Verfügung über die Mietzinsen seitens des Eigentümers durch die Bestellung des Sicherungsnießbrauchs könnte sich doch nur auf die Dauer der Mietzeit erstrecken, wie sie zur Zeit der Nießbrauchsbestellung feststeht. Wie ist es aber, wenn die Mietverträge vertraglich um bestimmte Zeit als verlängert gelten, wenn nicht vorher die Kündigung erfolgt. Für diese Zeit kann eine Verfügung über die Mietzinsen nicht angenommen werden, denn über die Mietzeit hinaus besteht noch kein Mietanspruch. Der Nießbraucher würde also verschieden dastehen, je nachdem der Mietvertrag für längere oder kürzere Zeit abgeschlossen ist.

Eine Verfügung über die Mietzinsforderungen durch die Nießbrauchbestellung käme hiernach überhaupt nur bei vermieteten Grundstücken in Betracht und auch bei diesen nur für eine begrenzte Zeit. Wenn man also mit Nußbaum und Stillschweig den in der Praxis ausgebildeten Verfügungsbegriff für die Anwendung des § 1124 für zu eng hält, so könnte der erweiterte Verfügungsbegriff doch nur diese erwähnten Mietzinsforderungen umfassen. Weshalb dann aber der Nießbraucher eines vor Nießbrauchsbestellung vermieteten Grundstücks bei einer Beschlagnahme im Sinne des § 1124 besser gestellt sein soll als der Nießbraucher eines zu dieser Zeit nicht vermieteten, ist ebenso unerfindlich wie die verschiedene Stellung des Nießbrauchers je nachdem, für welche Zeit das Grundstück vermietet ist.

Den Verfügungsbegriff aber noch weiter zu fassen und in ihn alle Mietzinsen, die der Nießbraucher kraft seines Nutzungsrechtes zu ziehen überhaupt in der Lage ist, einzuschließen, dafür fehlt im Gesetz, das als Beispiele selbst nur unmittelbare Verfügungen erwähnt, jeglicher Anhalt. Eine solche Annahme würde aber auch der Lebensauffassung widersprechen. Niemand wird eine Verfügung des Bestellers über die Mietzinsen annehmen, wenn der Nießbraucher das unvermietete Haus infolge besonderer Verhältnisse vermietet und ein Hypothekengläubiger die Beschlagnahme ausbringt. Nach der Gegenansicht müßte trotzdem der Hypothekengläubiger ohne weiteres dem Nießbraucher die Mietzinsen für die Freizeit belassen. Dieses Resultat würde auch keineswegs dem Zwecke des § 1124 entsprechen, welcher eine Abhilfe

gegen ein nur vorübergehendes Geldbedürfnis des Eigentümers im Auge hat, wie noch näher darzulegen sein wird.

Auch die Fassung des § 1124 Abs. 3 spricht gegen die Ansicht Nußbaums. Wie nicht die schlichte Grundstücksübereignung, sondern gerade die Grundstücksübereignung unter Ausschluß des Forderungsübergangs als Verfügung über die Mietsansprüche gilt, so kann auch nicht die schlichte Nießbrauchsbestellung als Verfügung über die Mietsansprüche gelten.[1])

Die Gegenansicht müßte schließlich — darauf weist Reiche-Große[2]) mit Recht hin — zu dem Ergebnis kommen, daß der Erwerber des Grundstücks in einem gegen ihn anhängigen Zwangsvollstreckungsverfahren die Mietzinsen für die Freizeit noch beanspruchen dürfte, weil vor der Beschlagnahme über den Mietzins verfügt sei. Denn in der Veräußerung eines Grundstücks müßte dann ebenso wie in der Nießbrauchsbestellung eine Verfügung über die Mietzinsen liegen, beide Handlungen sind Rechtsakte, die dem Berechtigten, dem Erwerber oder dem Nießbraucher, die Mieterträgnisse zukommen lassen wollen. Wenn man hiergegen einwenden will, der Erwerber sei kein Dritter im Sinne des § 1124, so müßte dasselbe für den Nießbraucher gelten.

b) Verdient hiernach bei einer theoretischen Prüfung die herrschende Lehre den Vorzug, so bleibt zu prüfen, ob die praktischen Ergebnisse so wenig angemessen sind, wie Stillschweig es behauptet. Dabei ist zu beachten, daß für die Prüfung der Ergebnisse nicht die Erreichung der besonderen Zwecke des Sicherungsnießbrauchs als Maßstab dienen kann, denn der Sicherungsnießbrauch ist und bleibt Nießbrauch, und es soll gerade geprüft werden, wieweit dieser dem Sicherungszwecke der Parteien entgegen kommt.

α) Verhältnismäßig einfach lösen sich die Fälle, in denen der Sicherungsnießbraucher mit einem persönlichen Gläubiger des Eigentümer zusammenstößt.[3]) Will ein persönlicher Gläubiger die Mietzinsen erfassen, indem er sie sich rechtsgeschäftlich abtreten oder verpfänden läßt oder indem er sie auf Grund eines persönlichen Schuldtitels pfändet oder mit der Verwaltungsbeschlagnahme belegt, so sind in der Hauptsache zwei verschiedene Gruppen von Fällen zu unterscheiden. War vor dem Zugriff einem anderen (persönlichen oder dinglichen) Gläubiger der Sicherungsnießbrauch bestellt, so wird der Nießbrauch durch diese Akte nicht beeinträchtigt. Mit der Bestellung des Nießbrauchs ist das Recht auf den Bezug der Mieten aus dem

[1]) Wolff § 135 Anm. 26.
[2]) D. J. Z. 1906 S. 960 ff.
[3]) Vgl. Stillschweig a. a. O. Fälle 1—10, 15—21, 29—33, 34b, 37, 38.

Vermögen des Eigentümers in das des Nießbrauchers übergegangen, für die Zeit des Nießbrauchs entstehen die einzelnen Forderungen nur in der Person des Nießbrauchers. Der Eigentümer ist also garnicht mehr in der Lage, Verfügungen über die Mietzinsen zu treffen. Tut er es, so handelt es sich um Verfügungen eines Nichtberechtigten; Rechtsgeschäfte zwischen Eigentümer und Mieter haben Wirksamkeit gegen den Nießbraucher nur in den Grenzen der §§ 574, 575, im übrigen sind sie gegen den Nießbraucher unwirksam. Ebenso kann durch die Verwaltungsbeschlagnahme in seine Rechte nicht eingegriffen werden.

Anders ist die Rechtslage dann, wenn die Nießbrauchsbestellung erfolgt, nachdem der persönliche Gläubiger Zugriff auf die Mietzinsen genommen hat. Hat er dies durch Verwaltungsbeschlag getan, so hindert das in diesem liegende Veräußerungsverbot den Nießbraucher, während der Zwangsverwaltung Rechte an den Mietzinsen zu erwerben. Hat der persönliche Gläubiger sich dagegen die Mietzinsen abtreten lassen (dem steht die Verpfändung und die Pfändung auf Grund eines persönlichen Schuldtitels gleich), so sind diese Verfügungen an sich auch gegen den späteren Nießbraucher wirksam, da der Eigentümer zur Zeit der Verfügung Forderungsberechtigter war,[1]) mögen die einzelnen Forderungen auch noch betagt gewesen sein. Gleichwohl hat das Gesetz zugunsten des Nießbrauchers die Wirksamkeit solcher Vorausverfügungen eng begrenzt. Nach den §§ 577, 573 braucht der Nießbraucher solche Vorausverfügungen nur für eine ebenso wie in § 1124 bemessene Freizeit, die sich hier aber nach der Bestellung des Nießbrauchs richtet, gegen sich gelten zu lassen. Es handelt sich hier um eine Gesetzeswohltat zugunsten des Nießbrauchers, deren bedenkliche Kehrseite aber die ist, daß der Eigentümer bei Pfändung der Mietzinsen durch einen persönlichen Gläubiger in der Lage ist, die Wirkungen dieser Pfändung für die Zeit nach Ablauf der Freizeit durch Bestellung eines Nießbrauchs aufzuheben. In solchen Fällen ist der Gläubiger nur durch das Anfechtungsgesetz geschützt. Schadensersatzansprüche könnten höchstens auf Grund der §§ 823, Abs. 2, 826 BGB. geltend gemacht werden und dürften kaum Aussicht auf Erfolg haben. In vielen Fällen bietet hier auch § 573,2 (§ 577) dem Gläubiger Schutz. Der Nießbraucher muß für die ganze Verfügungszeit solche Vorausverfügungen gegen sich gelten lassen, die er zur Zeit der Nießbrauchsbestellung kennt. Dies wird praktisch nicht selten vorkommen, da sich der Eigentümer bei Verschweigen dieser Vorausverfügung leicht

[1]) Hellwig S. 431, 432.

der Verfolgung wegen Betrugs aussetzen könnte. Hier ist andrerseits der Nießbraucher trotz seiner Kenntnis von der Vorausverfügung in dem Falle geschützt, wenn er gleichzeitig eine Hypothek an dem Grundstück besitzt. In diesem beim Sicherungsnießbrauch häufig vorkommenden Falle kann der Nießbraucher auf Grund eines dinglichen Titels die Verwaltungsbeschlagnahme (die Freizeit ist hier gerechnet von der Beschlagnahme ab)[1] ausbringen und so Befriedigung auf Grund seines besseren Hypothekenrechts erlangen; nur für die Freizeit muß er den persönlichen Gläubiger vorgehen lassen.

Besondere Erwähnung verdient der Fall, daß die Vorausverfügung zugunsten eines vorgehenden Hypothekars erfolgt war. Hat dieser nicht auf Grund eines dinglichen, sondern eines persönlichen Titels gepfändet, so liegt darin keine Geltendmachung seines dinglichen Rechts. Er muß also die Nießbrauchsbestellung gegen sich gelten lassen, seine persönliche Pfändung ist nur wirksam in den Grenzen des § 573. Der Hypothekar ist hier gemäß § 1121 in der Lage, die Wirksamkeit der Nießbrauchsbestellung durch die Pfändung oder Verwaltungsbeschlagnahme einzuschränken.[2]

Der Fall wäre ebenso zu entscheiden, wenn dem Nießbraucher vor der Pfändung noch eine Hypothek bestellt wäre aber im Range nach der anderen Hypothek.

Anders und etwas schwieriger gestaltet sich der Fall, wenn die Hypothek des Nießbrauchers im Range vor der Hypothek des Pfändungsgläubigers steht. Hier muß der Pfändungsgläubiger den Nießbrauch gegen sich gelten lassen wie im vorigen Fall.[3] Bringt er jetzt auf Grund seiner Hypothek die Pfändungsbeschlagnahme aus, so kann wieder der Nießbraucher seine bessere Hypothek durch die Verwaltungsbeschlagnahme zur Befriedigung vor dem anderen Hypothekar bringen. Brächte der Pfändungsgläubiger selbst die Verwaltungsbeschlagnahme aus, so würde der Nießbraucher auf Grund seiner besseren Hypothek hinsichtlich der Zinsen vor dem Pfändungsgläubiger befriedigt werden. Um aber zur Befriedigung wegen seiner Kapitalforderung vor dem Pfändungsgläubiger zu kommen, müßte sich der Nießbraucher der Zwangsverwaltung anschließen.

β) Die vorliegenden Fälle zeigen, daß eine Kollision zwischen Sicherungsnießbraucher und dem persönlichen Gläubiger des Eigentümers sich in der Regel schon auf Grund der §§ 577, 573 löst.

[1] Die Pfändungsbeschlagnahme nützt dem Gläubiger hier nichts. Vgl. unten § 10 2 a.

[2] a. A. Stillschweig S. 203 zu Grundsatz 9 ohne hinlängliche Grundlage im Gesetz.

[3] Ähnlich hier Stillschweig zu Fall 23.

Nur ausnahmsweise sind Nießbraucher und Gläubiger gezwungen, auch ihre etwaige Hypothek geltend zu machen. In allen diesen Fällen kommt die Frage, ob in der Bestellung des Nießbrauchs eine Verfügung über die Mietzinsen liegt oder nicht, nicht zum Zuge. Praktisch wird sie dagegen in den Fällen einer Kollision zwischen dinglichem Gläubiger und Nießbraucher. Auch hier sollen die einzelnen praktischen Fälle erörtert werden.

Ähnlich wie die Fälle einer Kollision zwischen persönlichem Gläubiger und Nießbraucher liegen hier die Fälle, in denen vor Bestellung des Nießbrauchs auf Grund eines dinglichen Titels seitens eines Hypothekengläubigers die Zwangsverwaltung eingeleitet ist.[1]) Auch hier wird durch die Zwangsverwaltung der Nießbraucher gehindert, während der Dauer der Zwangsverwaltung irgendwelche Rechte an den Mietzinsen zu erwerben. Dies gilt selbst dann, wenn der Nießbraucher eine dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehende Hypothek hat. Diese hindert den rangeschlechteren Gläubiger nicht, die Zwangsverwaltung zu betreiben. Der Nießbraucher-Hypothekar ist für seine Hypothekenzinsen geschützt, denn die Verteilung des Zwangsverwaltungserlöses erfolgt hier nach dem Range. Ist aber aus dem Erlös ein weiterer Überschuß zu erwarten, so wird der Nießbraucher-Hypothekar der Zwangsverwaltung beitreten, denn dann wird auch seine Kapitalforderung vor der des betreibenden Gläubigers befriedigt (vgl. die §§ 155, 9, 10 Ziff. 4, 5; 27 Z. V. G.).

Der Unterschied zwischen der Pfändung auf Grund eines persönlichen oder dinglichen Titels zeigt sich aber schon, wenn ein Hypothekar sein Recht auf die Mietzinsen durch Beschlagnahme gemäß § 1124 geltend macht und hinterher ein Sicherungsnießbrauch bestellt wird. In diesem Fall geht die Beschlagnahme ohne weiteres dem Nießbrauch vor. Auch hier macht es keinen Unterschied, ob dem Nießbraucher noch eine Hypothek, aber im Range nach der Hypothek des betreibenden Gläubigers zusteht.[2]) Steht dem Nießbraucher eine Hypothek im Range vor der Hypothek des betreibenden Gläubigers zu, so nützt ihm das noch nichts, denn ein organischer Zusammenhang zwischen Nießbrauch und Hypothek besteht hier nicht.[3]) Der Nießbraucher muß seine bessere Hypothek durch Verwaltungsbeschlagnahme geltend machen.

Sind bisher bei Kollision zwischen Nießbraucher und Hypothekar die Fälle behandelt worden, in denen vor Bestellung des Nießbrauchs ein Hypothekar auf Grund eines dinglichen Titels Pfändung oder

[1]) Vgl. Stillschweig Fälle 4, 8, 10, 20, 22, 24.
[2]) Ebenso Stillschweig zu Fall 21.
[3]) a. A. Stillschweig zu Fall 23, vgl. auch oben bei Kollision zwischen einem persönlichen Gläubiger und Nießbraucher.

Verwaltungsbeschlagnahme ausgebracht hat, so sind jetzt die Fälle zu behandeln, in denen vor der Beschlagnahme ein Nießbrauch bestellt ist. Auch hier sind eine Reihe von verschiedenen Fällen zu unterscheiden.

aa) Bringt ein Hypothekar die Beschlagnahme aus, nachdem im Range nach seiner Hypothek für einen anderen Gläubiger ein Nießbrauch bestellt ist,[1]) so geht nach der herrschenden Lehre der Hypothekar vor, falls nicht der Nießbraucher selbst schon über die Mietzinsen verfügt hatte. Dabei macht es keinen Unterschied, ob dem Nießbraucher im Range nach der Hypothek des die Beschlagnahme betreibenden Gläubigers ebenfalls eine Hypothek zustand. In der Bestellung des Nießbrauchs liegt keine Verfügung über die Mietzinsen. Die Beschlagnahme der Mietzinsen wird mangels einer Verfügung des Nießbrauchers über dieselben im Augenblick der Beschlagnahme wirksam, der Nießbraucher erhält also die Mietzinsen nicht einmal für die Freizeit, wie es der Fall sein würde, wenn ihm die Mietzinsen abgetreten wären.

Günstiger ist die Stellung des Nießbrauchers nach der Gegenansicht. Nach ihr hat der Eigentümer mit der Nießbrauchsbestellung über die Mietzinsen verfügt, der Hypothekar hat diese Verfügung gemäß § 1124 auf die Freizeit beschränkt, für die übrige Zeit geht er auch nach dieser Ansicht vor.

Ist nun der Vorwurf, der der herrschenden Lehre damit gemacht wird, sie stelle das starke Recht des Nießbrauchers schlechter als einen Zessionar der Mietzinsen, berechtigt? Die praktische Seite des Problems mag schon bei diesem ersten Beispiel erörtert werden. Jede Ansicht macht der Gegenansicht den Vorwurf, sie stelle die Rangverhältnisse auf den Kopf.[2]) Bei der Prüfung der Ergebnisse muß man der Verteidigung Stillschweigs[3]) gegen Marx[4]) insoweit Recht geben, als man nicht einfach mit der Rangordnung die Gegenansicht bekämpfen kann, denn diese Rangordnung wird eben durch § 1124 durchbrochen, und es soll gerade geprüft werden, ob die Nießbrauchsbestellung unter diese Durchbrechung fällt.

Von welchem Gesichtspunkt aus kann aber eine solche Prüfung erfolgen? Die Rechtsprechung geht wohl, wie Nußbaum[5]) mit Recht betont, im Unterbewußtsein von dem Schutze des Realkredits aus, nämlich von dem Gedanken, die Hypothekengläubiger vor nachteiligen

[1]) Vgl. R. G. 81,146; 88,100; 93,122; L. Z. 1916, 1115; J. W. 1921, 239; Seuff. Arch. 61,14; Gruch. 60,860.
[2]) Stillschweig a. a. O.; Kretzschmar J. W. 1921, S. 1355 ff.
[3]) Stillschweig J. W. 1921, 1597.
[4]) Marx J. W. 1921, 1595.
[5]) Nußbaum S. 71.

Folgen späterer Nießbrauchsbestellungen möglichst zu bewahren. Andererseits ist auf der Gegenseite, insbesondere bei den Ausführungen Stillschweigs, das Bestreben nicht zu verkennen, die Stellung des Sicherungsnießbrauchers möglichst zu verstärken und zu solchen Resultaten zu gelangen, wie sie dem Zwecke des Sicherungsnießbrauchers am besten entsprechen. Die beiden Ansichten gehen also von ganz verschiedenen Gesichtspunkten aus, und sie können daher von ihren verschiedenen Ausgangspunkten aus der Gegenseite vorwerfen, daß sie unbillige Ergebnisse zeitige. Der Sicherungsnießbrauch kann zweifellos zu Schiebungen benutzt werden, andererseits hat der Hypothekengläubiger oft ein durchaus reelles Interesse daran, seine Stellung durch den Nießbrauch zu stärken, zumal er dadurch die Möglichkeit erhält, auf eine ordnungsmäßige Verwaltung des Grundstücks hinzuarbeiten. Zu Schiebungen wurde der Sicherungsnießbrauch gerade in der erster Zeit nach Einführung des BGB. benutzt. Schon bei der Antichrese[1]) war es nicht selten vorgekommen, daß der Eigentümer sie dazu verwandte, um bei drohender Zwangsvollstreckung dem Gläubiger Schwierigkeiten zu bereiten. Dies setzte sich beim Sicherungsnießbrauch fort, zumal die Rechtsprechung anfangs[2]) in der Nießbrauchsbestellung eine Verfügung über die Mietzinsen im Sinne des § 1124 sah. War doch der Eigentümer so in der Lage, sich kurz vor seinem finanziellen Zusammenbruch durch Bestellung eines Sicherungsnießbrauchs Geld in Gestalt von zwei Vierteljahresraten der Mieten, u. U. also ganz erhebliche Summen zu verschaffen. Wenn diese Möglichkeit auch durch die Novelle vom 8. Juli 1915, die die Freizeit grundsätzlich auf ein Vierteljahr beschränkte, stark eingeschränkt ist,[3]) so hat der Eigentümer auch heute noch die Möglichkeit, die Mietzinsen für ein Vierteljahr den Gläubigern durch Verfügung zu entziehen, § 1124 fordert geradezu dazu heraus. Sieht man also in der Bestellung des Nießbrauchs eine Verfügung, so bietet auch der Nießbrauch zu derartigen Schiebungen die Handhabe. Andrerseits kann sich der Gläubiger in vielen Fällen, wie bereits erwähnt, nur durch den Sicherungsnießbrauch gegen eine Verschlechterung des Grundstücks schützen. Der Eigentümer wird schließlich aber ohne Einräumung des Sicherungsnießbrauchs häufig nur bei Gewährung außerordentlich hoher, für das Grundstück kaum tragbarer Zinsen in der Lage sein, eine zweite und dritte Hypothek auf ein Grundstück zu erhalten. Denn gewähren die großen Grundstücksbeleihungsinstitute satzungsgemäß an sich erste Hypotheken nur

[1]) Nußbaum S. 112.
[2]) OLG. 4, 328.
[3]) Nußbaum, Hypothekenwesen S. 92.

bis zur Höhe von 50—60 % des Grundstückswertes, so wird dieser Satz praktisch infolge der Konkurrenz der Darlehnsinstitute oft nicht innegehalten, was durch eine starke Übertaxierung der Grundstücke [1]) ermöglicht wird. So kommt es, daß die ersten Hypotheken das Grundstück oft bis zu 75 % seines Wertes belasten, so daß für weitere Belastungen ohne weitere Sicherheit, wie sie grade ein Nießbrauch gewährt, kein Raum bleibt.

So stehen sich die verschiedensten Interessen gegenüber: Wird die Nießbrauchsbestellung als Verfügung im Sinne des § 1124 anerkannt, so wird der nicht besonders gesicherte Hypothekengläubiger benachteiligt, der Eigentümer erhält die Gelegenheit zu Schiebungen. Folgt man der herrschenden Lehre, so wird der Wert des Sicherungsnießbrauchs stark beeinträchtigt, der Eigentümer verliert ein Mittel, seinen Realkredit zu bessern.

Läßt sich hiernach auch von der Interessenlage der verschiedenen Beteiligten keine praktische Frage gewinnen, so bleibt nur übrig, auf den Zweck des § 1124 zurückzugehen. Der Gedanke bei der Regelung des § 1124 Abs. 1 war der,[2]) daß die Mietzinsen nur solange der Haftung für die Hypothek unterliegen könnten, als die Verbindung zwischen Grundstück und Forderung besteht. Diese Verbindung zwischen Mietforderung und Grundstück hört aber auf, wenn der Eigentümer den Mietzins einzieht oder sonst über ihn verfügt. Nun soll der Hypothekengläubiger einerseits nicht durch solche Verfügungen einen Teil seines Haftobjekts verlieren, andrerseits soll der Mieter die Möglichkeit haben, den Mietzins auch schon vor Fälligkeit zu bezahlen, zumal dies auch im Interesse des Eigentümers bei leistungsschwachen Mietern liegt. So ist es zu der Regelung des § 1124 gekommen, und für die Gleichstellung sonstiger Verfügungen mit der Zahlung wird als Begründung nur aufgeführt:[3]) „Was von der Vorauszahlung gilt, muß aus Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage der Beteiligten auf alle Verfügungen ausgedehnt werden, welche der Vermieter oder der Verpächter über die Zinsforderung trifft." Hierbei mag vor allem maßgebend der Gedanke gewesen sein, den Eigentümer in die Lage zu versetzen, seine persönlichen Gläubiger mit aus den laufenden Einnahmen zu befriedigen. Diese würden sonst auf dem Weg der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung verwiesen sein, ohne daß die wirtschaftliche Lage des Eigentümers zu dieser harten Maßnahme schon

---

[1]) Carthaus S. 31 ff, 179; Nußbaum, Hypothekenwesen S. 112 zu Anm. 1.
[2]) Motive 3, 663.
[3]) Motive 3, 664.

nötigt.[1]) Der Zweck der Regelung des § 1124 ist also der gewesen, eine Abhilfe zu schaffen gegen ein vorübergehendes Geldbedürfnis des Eigentümers.[2]) Ist dies aber der Fall, so wird die verschiedene Stellung des Nießbrauchers und des Mietzins-Zessionars verständlich. Durch die Bestellung des Nießbrauchs hört einmal die Verbindung zwischen Grundstück und Forderung in Wirklichkeit garnicht auf. Der Nießbraucher tritt in einen Teil des Eigentums ein und erwirbt die Mietzinsen aus seinem dinglichen Recht am Grundstück, die Verbindung besteht also ebenso wie beim Eigentümer. Ferner dient aber auch der Sicherungsnießbrauch als solcher nicht der Befriedigung eines vorübergehenden Geldbedürfnisses des Eigentümers; er soll vielmehr in der Regel für längere Zeit die Nutzungen einem Gläubiger gewähren, welcher dem Eigentümer einen langfristigen Kredit eingeräumt hat. Bei einem Versorgungsnießbrauch — für diesen gilt ja ebenfalls die Regelung des § 1124 — kann aber keine Rede davon sein, daß er einem vorübergehenden Bedürfnis dienen soll.

Fällt hiermit der Grund des Gesetzgebers für die Regelung des § 1124 für den Nießbrauch fort, so wird man bei dem Widerstreit zwischen zwei Gläubigern, die für die Gewährung von langfristigen Krediten Rechte am Grundstück erhalten haben, das Rangprinzig des § 879 gelten lassen müssen. Die Durchbrechung dieses Prinzips in der Ausnahmebestimmung des § 1124 darf nicht unnötig eine Ausdehnung erfahren.[3])

Die Gegenansicht hält vor allem die verschiedene Stellung des Mietzessionars und des Nießbrauchers für ungerechtfertigt, und das ist sicher ein Hauptgrund für sie, die Nießbrauchsbestellung als Verfügung über die Mietzinsen anzusehen. Sie verkennt dabei aber, wie bereits oben erwähnt, den grundsätzlichen Unterschied zwischen Nießbrauchstellung und Zession. Durch die Bestellung des Nießbrauchs tritt der Nießbraucher in einen Teil der begrifflich unbeschränkten Stellung des Eigentümers ein, er übt insoweit das Recht des Eigentümers aus, durch Verfügungen und Vereinbarungen des Eigentümers ist er nur

[1]) Die Eintragung einer Sicherungshypothek wird mangels der erforderlichen Höhe der Forderung in der Regel nicht möglich sein, bei einem stark belasteten Grundstücke für den Gläubiger auch kein Interesse haben.

[2]) Kretzschmar, Sächs. Arch. 1920, 181.

[3]) Daß dieses Ergebnis auch praktisch nicht unangemessen ist, muß jetzt übrigens auch Nußbaum in der zweiten Auflage seines Hypothekenwesens (S. 100) anerkennen, wenn es hier über die herrschende Lehre heißt: „Dieses Ergebnis ist vom Standpunkt des Hypothekenkredites an sich erfreulich, zumal der Sicherungsnießbrauch häufig eine ungerechtfertigte Bevorzugung des durch ihn gesicherten Gläubigers bedeutet." Nußbaum meint dann freilich weiter: „Doch ist die Ansicht des Reichsgerichts theoretisch nicht zu halten und führt in ihren notwendigen Folgerungen auf Abwege."

in den engen Grenzen der §§ 573 ff gebunden. Der Zessionar dagegen tritt für eine einzelne fest umrissene Forderung an die Stelle des Eigentümers, sein Recht ist daher von vorneherein insoweit beschränkt, als der Eigentümer durch Verfügungen oder Vereinbarungen beschränkt ist. Der Unterschied zeigt sich ganz klar bei der Aufrechnung. Der Zessionar muß sich gemäß § 406 eine Aufrechnung des Mieters mit einer diesem gegen den Zedenten zustehenden Forderung grundsätzlich gefallen lassen. Der Nießbraucher dagegen braucht ebenso wie der Erwerber des Grundstücks eine solche Aufrechnung grundsätzlich nur für die Freizeit gegen sich gelten zu lassen (vgl. §§577, 575).

Die verschiedene Stellung des Zessionars und des Nießbrauchers findet also im Gesetz ihre Grundlage, und ein „handgreiflicher Widerspruch“ [1]) in der der herrschenden Lehre ist auch nicht darin zu finden, daß der Nießbraucher nun selbst die Freiheit des Mietzinses von der Haftung durch Einziehung oder durch sonstige Verfügung herbeizuführen in der Lage ist.[2]) Daß er insbesondere seinem eigenen Zessionar eine stärkere Rechtsstellung verschaffen kann, als er sie selbst je inne gehabt hat, ist nur für diesen einen Punkt richtig und in der besonderen Vorschrift des § 1121 begründet. Zudem müßte dieser Einwand ebenso sehr den Eigentümer treffen.

bb) Das Ergebnis der Entscheidung für die erste Gruppe von Fällen hat so seine praktische Rechtfertigung gefunden. Die Stellung des Sicherungsnießbrauchers war in diesen Fällen nicht besonders günstig. Besser steht er da in den Fällen, in denen nach Eintragung des Nießbrauchs zugunsten eines nachgehenden Hypothekars auf Grund eines auf dieser Hypothek beruhenden dinglichen Titels die Pfändungs- oder Verwaltungsbeschlagnahme erfolgt. Auch dieser Fall ist in verschiedenen Variationen möglich:

1. der Gläubiger ist sonst dinglich ungesichert[3]) oder er ist außer durch den Nießbrauch durch eine Hypothek gesichert; und zwar kann diese Hypothek

2. der Hypothek des die Beschlagnahme betreibenden Gläubigers nachfolgen[4]) oder

3. ihr vorgehen.[5])

Nach beiden Ansichten geht in diesen Fällen der Nießbraucher vor, wenn der nachgehende Hypothekar die Pfändungsbeschlagnahme

[1]) So Nußbaum S. 74.

[2]) Vgl. R. G. 68,13; 84,202; 93,124; 101,9. Kretzschmar, Sächs. Arch. 1920, 182; v. Tuhr I, S. 69 ff.

[3]) Vgl. Warneyer 1915, 164; Planck S. 601 u.; Stillschweig Fälle 13, 14.

[4]) Stillschweig Fälle 27, 28.

[5]) Vgl. Seuff. Arch. 62,463; Stillschweig Fälle 33, 34 a.

betreibt. Die Mietzinsen stehen dem Zessionar schon kraft seines dinglichen Rechtes zu. In dieses Recht kann der rangschlechtere Hypothekar durch eine dingliche Pfändung ebensowenig wie durch eine persönliche Pfändung eingreifen, er muß dem Nießbraucher ohne weiteres nachstehen.

Nach der herrschenden Lehre kann hier ein Konflikt garnicht entstehen. Der Anspruch auf die Mietzinsen ist nur im Vermögen des Nießbrauchers. Ein Gläubiger des Eigentümers, mag seine Hypothek auch der etwaigen Hypothek des Nießbrauchers vorgehen, kann keine Verfügung über die Mietzinsen herbeiführen. Nach Stillschweig [1]) liegen zwei Verfügungen über die Mietzinsen vor, doch findet nach ihm § 1124 deshalb keine Anwendung, weil § 1124 nur Verfügungen behandele, die an sich dem Hypothekenrecht widersprechen, „die Verfügung enthalte aber keinen Widerspruch, wenn sie dem Rangverhältnis widerspreche." [2])

Zu demselben Ergebnis kommt die herrschende Lehre in den Fällen, in denen der nachgehende Hypothekar nicht die Pfändungs- sondern die Verwaltungsbeschlagnahme betreibt. Zu einem fast entgegengesetzten Ergebnis kommt hier Stillschweig. Nach ihm [3]) „widerspricht hier die Verfügung zugunsten des Nießbrauchers dem sich auf § 155 Z. V. G. gründenden Recht des rangschlechteren Hypothekars, aus den Mietzinsen Befriedigung wegen der laufenden Hypothekenzinsen nach Maßgabe seines Rangrechts zu erhalten, da sie ja infolge der Nießbrauchsbestellung von der Beschlagnahme an sich nicht getroffen werden." Nach Stillschweig ist die Anwendung von § 1124 Abs. 2 geboten, weil hier die Verfügung über die Mietzinsen durch die Bestellung des Nießbrauchs dem Rangverhältnis widerspreche. Er läßt den Nießbraucher also im Gegensatz zur Pfändungsbeschlagnahme nur für die Freizeit vorgehen, im übrigen läßt er die Mietzinsen in die Zwangsverwaltungsmasse fallen. [4]) Ein innerer Grund dafür, daß in den

---

[1]) Stillschweig S. 207 zu Fall 13; S. 203 zu Grundsatz 9.
[2]) Stillschweig S. 207 zu Fall 13.
[3]) Stillschweig S. 203 zu Grundsatz 5; S. 207 zu Fall 14.
[4]) Unklar bleibt hierbei, ob nach Begleichung der Unkosten, öffentlichen Lasten, der vorgehenden Hypothekenzinsen und der Zinsen des die Verwaltungsbeschlagnahme betreibenden Gläubigers etwa überschießende Zinsen zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers wegen seiner Kapitalforderung dienen sollen, oder ob dann wieder der bessere Rang des Nießbrauchers in Erscheinung tritt. Das erste Ergebnis würde dem Rangverhaltnis widersprechen; § 1124 ist hier nicht anwendbar, auch wären die §§ 155, 10 Ziff. 4 hiermit nicht vereinbar. Das zweite Ergebnis würde aber bedeuten, daß der dem Nießbraucher nachfolgende Hypothekar trotz seines schlechteren Ranges durch Einleitung der Zwangsverwaltung in der Lage wäre, die Bezahlung seiner Hypothekenzinsen aus dem Grundstück zu erreichen, obwohl er zur Zeit der Bestellung der Hypothek wußte oder aus dem Grundbuch ersehen konnte, daß die Mietzinsen dem Nießbraucher

vorliegenden Fällen Pfändungs- und Verwaltungsbeschlagnahme zu so verschiedenen Ergebnissen führen sollen, ist nicht ersichtlich. Stillschweig meint ihn darin zu finden, daß nach der herrschenden Lehre dem Nießbraucher eine Machtfülle eingeräumt werde, die über die Zwecke des Sicherungsnießbrauches weit hinausgehe. Das Recht des dem Nießbraucher nachstehenden Hypothekars, auf seine laufenden Zinsforderungen Deckung aus den Einkünften des Grundstücks zu erhalten, werde nach der herrschenden Lehre ausgeschlossen, solange nicht ein Vorhypothekar der Zwangsverwaltung beitrete; in diesem Falle werde aber der Nießbraucher nach der herrschenden Lehre ganz ungebührlich benachteiligt, da er nicht einmal für die Freizeit die Mietzinsen erhalte. „So führt die herrschende Ansicht von Widerspruch zu Widerspruch."

Diese Ausführungen beruhen auf einer unrichtigen Auffassung vom Wesen des Sicherungsnießbrauchs, und sie verlieren ihre Beweiskraft, sobald man sich an die Stelle des Sicherungsnießbrauchers einen Versorgungsnießbraucher gestellt denkt. In einem solchen Falle kann von einer über die Zwecke des Nießbrauchs hinausgehenden Machtfülle nicht mehr die Rede sein; dann erscheint es auch angemessen, daß der nachstehende Hypothekar hinter dem besseren Recht des Nießbrauchers nicht nur bei der dinglichen Pfändung, sondern auch in der Zwangsverwaltung zurückstehen muß. Stillschweig verkennt den fiduziarischen Charakter des Sicherungsnießbrauchs. Daß der Sicherungsnießbraucher nach außen eine sehr viel stärkere Stellung hat als im Innenverhältnis, entspricht dem Willen der Parteien. Läßt man den Nießbrauch als Sicherungsmittel überhaupt zu, wie es auch Stillschweig tut, dann darf man im Außenverhältnis auch keinen Unterschied zwischen Nießbrauch und Sicherungsnießbrauch machen und nicht mit den besonderen Zwecken des Sicherungsnießbrauchs einen für den Nießbrauch allgemeingültigen Satz bekämpfen wollen. Was den Nießbrauch und den Sicherungsnießbrauch unterscheidet, ist nicht das dingliche Recht, das ist vielmehr das Kausalverhältnis zwischen Nießbraucher und Besteller. Wird dies berücksichtigt, so kann man in den Ergebnissen der herrschenden Lehre, soweit sie bisher besprochen sind, auch keine Widersprüche finden. Wer nach einem Nießbrauch sich eine

---

zustanden, er also insoweit auf die Bezahlung seiner Zinsen durch den Eigentümer persönlich angewiesen sei. Diese Folge würde aber in Widerspruch zu § 1047 stehen, wonach der Nießbraucher dem Eigentümer gegenüber nur zur Tragung derjenigen privatrechtlichen Lasten verpflichtet ist, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten. Unklar ist schließlich auch, wie die Mietzinsen in die Zwangsverwaltungsmasse kommen sollen, da Stillschweig (zu Fall 11) den Besitz der Sache beim Nießbraucher lassen will. Wenn das Besitzrecht des Nießbrauchers stärker ist als das des betreibenden Hypothekars, müßte das auch materiell der Fall sein.

Hypothek bestellen läßt, weiß, daß er auf Befriedigung seiner Hypothekenzinsen aus den Mieterträgnissen nicht rechnen kann. Andrerseits ist derjenige, welcher sich nach einer Hypothek den Nießbrauch bestellen läßt, ebenso gestellt wie der Erwerber des Grundstücks. Er weiß, daß die Hypothek sich auf die Mietzinsen erstreckt und daß diese Haftung durch die Beschlagnahme des § 1124 verwirklicht wird. Daß er in den Grenzen des § 1124 über die Mietzinsen mit Wirkung gegen den Hypothekar verfügen kann, ist ein besonderes Recht, welches das Gesetz ihm gibt. Bis zur Verfügung ist seine Lage wie die des Eigentümers, er muß bei Nichtzahlung der fälligen Hypothekenzinsen oder fälligen Kapitals mit der Beschlagnahme rechnen.

cc) Die stärksten praktischen Bedenken gegen die Richtigkeit der herrschenden Lehre leitet Stillschweig aus einem dritten Fall her, wenn sich nämlich ein Hypothekar, nachdem für einen anderen Gläubiger eine rangschlechtere Hypothek eingetragen ist, bei Notleiden des Grundstücks zu seiner größeren Sicherheit einen Nießbrauch bestellen läßt und jetzt der rangschlechtere Hypothekar die Verwaltungs- oder Pfändungsbeschlagnahme erwirkt.[1]) Dieser nicht selten vorkommende Fall ist wiederholt Gegenstand von Entscheidungen gewesen.[2]) Die herrschende Lehre kommt zu folgendem Ergebnis: in der Bestellung des Nießbrauchs zugunsten des rangstärkeren Hypothekars liegt keine Verfügung über die Mietzinsen im Sinne des § 1124. Die Beschlagnahme durch den rangschwächeren Hypothekar besteht also zu Recht, dieser geht wie in den zu aa) besprochenen Fällen dem Nießbraucher vor. Der Nießbraucher ist in der Lage, auf Grund seiner rangbesseren Hypothek die Verwaltungsbeschlagnahme des Grundstücks zu erwirken. Dann wird er vor dem rangschlechteren Hypothekar gemäß den §§ 155, 10 Ziff. 4, 5 Z. V. G. befriedigt und muß sich gegebenenfalls nur die in der Pfändungsbeschlagnahme liegende Verfügung über die Mietzinsen für die Freizeit gefallen lassen. Bei der Verwaltungsbeschlagnahme durch den rangschlechteren Hypothekar wird der Nießbraucher auf Grund seiner rangbesseren Hypothek zwar wegen der Zinsen vor dem anderen Hypothekar befriedigt. Will er auch wegen seines Kapitals Befriedigung vor dem anderen Hypothekar erreichen, so muß er sich der Zwangsverwaltung anschließen.

Stillschweig kommt bei der Pfändungsbeschlagnahme zu dem entgegengesetzten Ergebnis. Während nach der herrschenden Lehre die Pfändung des rangschlechteren Hypothekars ihre Wirkung so lange

[1]) Stillschweig Fall 35.

[2]) RG. 99, 121; 101,5; J. W. 1914, 679; 1921, 239. Gruch. 58, 1031; 59, 1061.

behält, bis der Nießbraucher seine rangbessere Hypothek geltend macht, geht nach Stillschweig der Nießbraucher ganz vor, ohne daß er seine Hypothek geltend zu machen braucht. Durch die Bestellung des Nießbrauchs ist nach ihm zugunsten des vorgehenden Hypothekar über die Mietzinsen verfügt. In diese Verfügung kann der rangschlechtere Hypothekar nicht eingreifen, § 1124 findet hier gar keine Anwendung, weil ein Widerspruch zwischen Verfügung und der Rangordnung, wie ihn § 1124 voraussetzt, nicht vorliegt. Der Nießbrauch geht also vor. Anders ist nach Stillschweig für den Fall der Verwaltungsbeschlagnahme zu entscheiden. Hier besteht nach ihm ein Widerspruch zwischen Verfügung und Rangordnung, weil durch den Nießbrauch in das Recht des Hypothekars auf Befriedigung aus den Erträgnissen der Zwangsverwaltung eingegriffen wurde, in diesem Falle gehe daher der Nießbraucher nur für die Freizeit vor, im übrigen greife die Zwangsverwaltung Platz.

Auch in diesem Falle ist ein logischer Grund für die verschiedenen Wirkungen der Pfändungs- und Verwaltungsbeschlagnahme nicht ersichtlich. Im übrigen erscheint das Ergebnis Stillschweigs auf den ersten Blick als angemessen. Einer gründlicheren Prüfung hält es aber nicht Stand. Stillschweig hält es für einen Vorzug seiner Anschauung und für den Hauptmangel der herrschenden Lehre, daß bei seiner Lösung der organische Zusammenhang zwischen Nießbrauch und Hypothek hergestellt werde, während es hieran nach der herrschenden Lehre fehle: „Das Reichsgericht ist außerstande, der Tatsache, daß der Nießbrauch für die vorstehende Hypothek bestellt ist, Beachtung zu schenken." Dies ist aber gerade der Fehler Stillschweigs, daß er in einem Falle, in dem grundbuchrechtlich ein Zusammenhang zwischen Nießbrauch und Hypothek fehlt, einen rechtlichen organischen Zusammenhang konstruieren will. Zwischen mehreren dinglichen Rechten gibt es nur ein Rangverhältnis, dieses richtet sich nach dem Zeitpunkte der Eintragung. Daß für dieselbe Forderung mehrere dingliche Rechte bestehen, verbindet diese Rechte nicht organisch. Es ist daher durchaus angemessen, daß die herrschende Lehre den Nießbraucher erst dann vorgehen läßt, wenn er seine rangstärkere Hypothek geltend macht.

dd) Man hat die herrschende Lehre nun mit folgendem Fall, einer Variation der Gruppe aa ad adsurdum führen wollen:[1]) Der erste Hypothekar pfändet, nachdem im Range nach seiner Hypothek ein Nießbrauch eingetragen ist, auf Grund dinglichen Titels die Mietzinsen. Kurz vor dieser Pfändung hat ein persönlicher Gläubiger des Eigen-

[1]) Ury J. W. 1915, 745; Nußbaum S. 73.

tümers die Mietzinsen pfänden und sich überweisen lassen. Wem stehen die Mietzinsen für die Freizeit zu? Ury meint, nach der herrschenden Lehre gehe der Nießbraucher dem persönlichen Gläubiger kraft seines älteren dinglichen Rechtes vor, andrerseits gehe gemäß § 1124 der persönliche Gläubiger für die Freizeit dem Hypothekar vor, der Hypothekar aber wieder dem Nießbraucher, weil die Nießbrauchsbestellung ja keine Verfügung über die Mietzinsen enthalte; es liege also ein circulus vitiosus in bester Form vor.

M. E. ist dies ein Trugschluß. Der persönliche Gläubiger konnte die Mietzinsen garnicht mehr pfänden, da diese schon dem Nießbraucher zustanden. Hierauf kann sich aber auch der Hypothekar berufen. Voraussetzung für die Anwendung des § 1124 ist stets, daß eine rechtswirksame Pfändung vorliegt, und hierfür ist der persönliche Gläubiger dem Hypothekengläubiger beweispflichtig. Eine unzulässige exceptio de iure tertii liegt hier nicht vor.

c) Die Prüfung der einzelnen Fälle einer Kollision zwischen Sicherungsnießbraucher und anderen dinglichen Gläubigern des Eigentümers hat gezeigt, daß die Stellung des Sicherungsnießbrauchers nur bei den Fällen der Gruppe bb eine günstige ist, wenn also der Nießbrauch anderen Realberechtigten vorgeht. Geht dagegen dem Sicherungsnießbrauch eine Hypothek vor und macht der Hypothekar durch Beschlagnahme sein dingliches Recht auf die Mietzinsen geltend, bevor der Nießbraucher seinerseits über diese verfügt hat, so ist der Nießbraucher nicht einmal für die Freizeit geschützt, falls er nicht selbst noch eine rangbessere Hypothek geltend zu machen in der Lage ist. Die Praxis hat sich nun damit zu helfen gesucht, daß sich der Nießbraucher die Mietzinsen vom Eigentümer auch noch abtreten läßt oder daß er sie pfändet. Diese Praxis ist nun für Nußbaum[1]) der Ausgangspunkt für seine Kritik der herrschenden Lehre über die Verfügungsnatur der Nießbrauchsbestellung, wobei seine Stellung allerdings erheblich gestärkt wird durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, welches die Wirksamkeit einer solchen Abtretung verneint,[2]) dagegen die der Pfändung bejaht,[3]) eine Inkonsequenz, die durch das Gesetz, wie unten ausgeführt werden wird, in keiner Weise gefordert wird. Nußbaum führt nun in kurzen Zügen etwa Folgendes aus: es sei nicht einzusehen, weshalb sich der Nießbraucher nicht nach seinem freien Belieben auf den Nießbrauch oder auf die Abtretung soll berufen

[1]) Nußbaum S. 71 ff.

[2]) R. G. 80, 316; 86, 135; vgl. J. W. 1916, 1431: a. A. K. G. in OLG. 25, 264.

[3]) R. G. 64, 420; J. W. 1915, 398.

können, zumal er durch die Abtretung größere Rechte erhalte, als durch die Nießbrauchsbestellung; seien hiernach sowohl die Abtretung der Mietzinsen an den Nießbraucher wie ihre Pfändung durch diesen zuzulassen, so werde die Ansicht des Reichsgerichts über die Verfügungsnatur der Nießbrauchsbestellung schnell ad absurdum geführt, indem die Mietsabtretung formularmäßig mit der Nießbrauchsbestellung verbunden werden würde.

Diese Darlegungen sind nur insoweit als richtig anzuerkennen, als Pfändung und Abtretung logisch nicht verschieden behandelt werden können,[1]) im übrigen vermögen sie die herrschende Lehre nicht zu widerlegen.

Ist nun die verschiedene Behandlung von Abtretung und Pfändung durch das Reichsgericht gerechtfertigt? Das Kammergericht[2]) hat die Wirksamkeit der Abtretung der Mietzinsen an den Nießbraucher bejaht: „Denn wenn auch der Nießbraucher berechtigt ist, die Mieten bei ihrer Fälligkeit einzuziehen (§ 1030), so gebühren ihm doch die Mieten erst bei deren Fälligkeit (§ 101 Ziff. 2). Deshalb ist trotz des Nießbrauchs der Eigentümer grundsätzlich nicht behindert, über die noch nicht fälligen Mieten im voraus zu verfügen . . . . , es handelt sich also um einen Forderungserwerb aus dem Rechte des Eigentümers und nicht nur, wie im Falle der Pfändung und Überweisung der bereits durch Abtretung als eigen erworbenen Forderung (R. G. 64, 420), um eine Verstärkung der Rechtslage des Nießbrauchers." Das Reichsgericht[3]) hat in der Revisionsinstanz diese Erwägungen des Kammergerichts mit Recht beanstandet. Wie bereits ausführlich dargelegt, geht der Anspruch auf die Mietzinsen durch die Bestellung des Nießbrauchs für die Nießbrauchszeit aus dem Vermögen des Eigentümers in das des Nießbrauchers über. § 101 betrifft nicht die Frage der Fälligkeit, sondern nur die Auseinandersetzung mehrerer Fruchtbezugsberechtigten. Der Eigentümer ist also garnicht imstande, die auf die Nießbrauchzeit entfallenden Mietzinsen an den Nießbraucher abzutreten. „Zur Übertragung einer Forderung ist begrifflich ein Übertragender und ein empfangsbedürftiger Erwerber notwendig. Ein Übertragungsvertrag, bei dem es an diesen Erfordernissen, insbesondere an einem empfangsbedürftigen Erwerber, der die Forderung bis dahin noch nicht selbst hatte, fehlt, ist auf einen unmöglichen Erfolg gerichtet (§ 306)."

---

[1]) Stillschweig S. 202 zu III.
[2]) OLG. 25, 264
[3]) R. G. 80, 316 (v. 2. Nov. 1912).

Interessant ist demgegenüber die Begründung, mit welcher das Reichsgericht die Gültigkeit der Mietspfändung seitens des Nießbrauchers bejaht:[1] „. . . . durch die Pfändung und Überweisung werde die Rechtslage des Nießbrauchers nicht geschwächt, sondern verstärkt, sich auf sein Nießbrauchsrecht zu berufen, sei er nur berechtigt, nicht verpflichtet gewesen; gleichwie ein Rechtsgeschäft in seiner Gültigkeit nicht dadurch beeinträchtigt werde, daß dieselben Personen es unter sich nochmals vornehmen, so müsse es auch in einem Falle vorliegender Art dem Berechtigten unbenommen sein, auf den erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschluß einen Anspruch zu stützen, den er auch kraft seines Nießbrauchsrechts hätte geltend machen können."

In der oben angeführten Entscheidung vom 2. November 1912 (RG. 80, 316) hat der 5. Zivilsenat des Reichsgerichts bereits Zweifel an der Richtigkeit dieser seiner früheren Entscheidung ausgesprochen, ohne sie allerdings ganz aufzugeben, indem er unter Berufung auf R. R. 79, 241 eine weitere Begründung der früheren Entscheidung in der Weise für möglich hält, daß der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß äußerlich eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme des Staates bildet. In der angezogenen Entscheidung wird nun rein formell die Pfändung von dem Gläubiger selbst gehörenden, im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen für zulässig erklärt; aber diese Entscheidung sagt selbst: „Allerdings würde die Klägerin an dem Inventar, weil und solange es in ihrem Eigentum stand, ein Pfändungspfandrecht nicht erworben haben." Die formelle Aufrechterhaltung der Pfändung ist also ihrer materiellrechtlichen Wirkung nicht gleichzusetzen.[2] Damit entfällt aber auch die Begründung der Entscheidung, die Pfändung sei als Zwangsvollstreckungsmaßnahme anders gestellt als die Abtretung, und sie läuft letzten Endes darauf hinaus, daß durch die Zulassung der Pfändung die Stellung des Nießbrauchers für seine Konkurrenz mit anderen Gläubigerrechten verstärkt werde. Dies ist denn auch der Grund, mit dem der 7. Zivilsenat des Reichsgerichts[3] die Entscheidung des 5. Senats trotz dessen Bedenken aufrechterhält. Dieser Grund würde aber bei der Abtretung in demselben Maße bestehen.

Hiernach fehlt ein stichhaltiger Grund, die Pfändung anders zu stellen als die Abtretung. Zudem widerspricht eine solche Unterscheidung auch der Bestimmung des § 851 ZPO, nach welcher eine For-

[1] R. G. 64, 120.; zustimmend Nußbaum S. 72, der diese Erwägungen als auch für die Abtretung durchschlagend ansieht.

[2] Vgl. Nußbaum S. 75; Seuff. Arch. 58,125; Gaupp-Stein § 808, I 1.

[3] R. G. 86, 138.

derung grundsätzlich der Pfändung nur insoweit unterworfen ist, als sie übertragbar ist.[1])

Die Gründe, die das Reichsgericht gegen die Zulässigkeit der Abtretung der Mietzinsen an den Nießbraucher anführt, entsprechen der Struktur des Nießbrauchs. Sie als formalistisch zu bezeichnen,[2]) fehlt ein Grund. Dieselben Gründe aber, die gegen die Zulässigkeit der Abtretung sprechen, sprechen auch gegen die Zulässigkeit der Pfändung. Wie das Reichsgericht richtig betont, entsteht durch formell gültige Pfändung und Überweisung ein materiell wirksames Pfandrecht noch nicht. Dieses entsteht nur, wenn auch materiell zur Zeit der Zustellung die Forderung besteht und dem Schuldner zusteht.[3]) Die Erwägung, daß es dem Nießbraucher unbenommen bleiben müsse, von einem ordnungsmäßig erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschluß Gebrauch zu machen, kann die Ansicht des Reichsgerichts nicht stützen. Steht jemandem eine Forderung zu, so kann sie ihm durch einen formell gültigen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß nicht noch einmal zugesprochen werden. Die Lage ist ebenso wie in dem Fall, daß der Veräußerer eine bewegliche Sache dem Erwerber durch constitutum possessorium übereignet hat. Hier kann der Veräußerer die Eigentumsübertragung nicht wiederholen. Man hat sich nun darauf berufen,[4]) daß der Nießbraucher die ihm zustehende Forderung in derselben Weise pfänden können müsse, wie der Verkäufer eine Sache, die er unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, pfänden könne. Die auch hier sehr umstrittene Konstruktion kann aber dem Nießbraucher nicht helfen. Daß die formell gültige Pfändung ein materiell wirksames Pfandrecht nicht verschaffen kann, ist bereits ausgeführt worden. Wenn man nun wohl die materielle Wirksamkeit der Pfändung der unter Eigentumsvorbehalt übertragenen Sache u. U. damit erklären kann, daß ein Verzicht des Verkäufers und Gläubigers auf sein Eigentum vorliege,[5]) so kann man beim Nießbrauch einen solchen Verzicht nicht konstruieren. Ein Verzicht auf den ganzen Nießbrauch kann beim Grundstück nur in der Form des § 875 erfolgen, ein solcher Verzicht wird aber dem Willen des Nießbrauchers auch nicht entsprechen. Andrerseits kann ein Verzicht auf einzelne Nutzungen die Pfändungsmöglichkeit nicht herbeiführen, denn durch

---

[1]) Stillschweig J. W. 1916, 1431; 1921 S. 202.
[2]) K. G. in J. W. 1916, 1431, vgl. hierzu die Besprechung von Stillschweig
[3]) Gaupp-Stein § 829, IV.
[4]) Kretzschmar Sächs. Arch. 1920, 182.
[5]) Vgl. R. G. 66, 348; Staudinger § 455, II, 4.

einen solchen Verzicht fällt die in der Person des Nießbrauchers entstandene Forderung nicht an den Eigentümer.[1])

So scheitern alle Konstruktionsversuche, um dem Nießbraucher die Pfändung der Mietzinsen zu ermöglichen. „Wenn das Gesetz einem Gläubiger zur Erreichung eines bestimmten Zwecks zwei Wege zur Verfügung stellt, Nießbrauch und Abtretung der Mietsforderung, ist damit nicht gesagt, daß er beide zugleich beschreiten darf." [2]) Nießbrauch und Zession sind in ihrer Struktur völlig verschieden, und hierauf beruht es, daß der Nießbraucher nicht alle Vorzüge des Nießbrauchs genießen und gleichzeitig die Stellung des Zessionars einnehmen kann.

Zu bemerken ist, daß der Eigentümer durch die Bestellung des Nießbrauchs die Fähigkeit zu Verfügungen über den Mietzins nur für die Zeit des Bestehens des Nießbrauchs verliert. Nur für die Nießbrauchszeit ist der Anspruch auf den Mietzins aus seinem Vermögen ausgeschieden. Da nun Abtretungen künftiger oder betagter Forderungen, soweit sie genügend bestimmt sind, rechtlich zulässig sind, ist auch die Abtretung von künftigen Mietzinsen seitens des Eigentümers für die Zeit nach Beendigung des Nießbrauchs zulässig. Dies kann beim Sicherungsnießbrauch von Bedeutung sein, da dieser in der Regel nur für kürzere Zeit bestimmt ist.

Eine ganz andere Frage ist die, ob einem Zessionar der Mietzinsen später ein Nießbrauch bestellt werden kann.[3]) Diese Frage ist zu bejahen, ein begrifflicher Widerspruch besteht hier nicht. Wie der Eigentümer trotz Abtretung der Mietzinsen einem Dritten den Nießbrauch bestellen kann, so auch dem Zessionar selbst. Der Nießbrauch erfährt aber eine Einschränkung durch § 573, insbesondere § 573 S. 2. Da der Nießbraucher bei der Bestellung des Nießbrauchs die Zession kennt, erwirbt er die Mietzinsen für die Zeit, für welche ihm die Mietzinsen abgetreten waren, nicht aus eigenem Recht, sondern kraft gültiger Verfügung des Eigentümers. Aus eigenem Recht erwirbt er nur etwaige andere Nutzungen. Die von den Parteien in solchen Fällen mit der Nießbrauchsbestellung beabsichtigte Verstärkung der Stellung des Zessionars tritt darin in Erscheinung, daß der Zessionar

[1]) Die Ansicht des Reichsgerichts hat übrigens auch formellrechtlich große Bedenken. Denn unterstellt man einmal mit dem Reichsgericht die Zulässigkeit der Pfändung: wie kann dies prozessual verwirklicht werden? Mit dem gegen den Eigentümer erwirkten Titel kann der Nießbraucher eine ihm selbst zustehende Forderung nicht pfänden. Er müßte also einen Titel gegen sich selbst erwirken! Das aber ist ausgeschlossen, denn gegen sich kann er keine Forderung haben.

[2]) Reinhard J. W. 1920 S. 29.

[3]) Vgl. Nußbaum S. 72; Dittrich S. 88; Recht 1913 Nr. 2842, 2853.

ein eigenes dingliches Recht hinzuerwirbt, welches später eingetragenen Rechten am Grundstück vorgeht. Vom Nießbrauch bleibt also nicht, wie Nußbaum[1]) meint, praktisch nur der Name bestehen.

d) Kurz zu behandeln bleibt die rechtliche Lage dessen, dem mit der Übertragung der Forderung die Ausübung des Nießbrauchs überlassen ist. Ist bereits früher (vgl. S. 48) seine Stellung im allgemeinen dargelegt, so ist hier nur seine Lage bei Kollision mit anderen Gläubigern des Eigentümers zu prüfen. Während in der Bestellung des Nießbrauchs keine Verfügung über die Mietzinsen zu erblicken ist, kann bei der Ausübungsüberlassung eine solche vorliegen. In der Person des Ausübungsberechtigten entsteht der Anspruch auf die Mietzinsen nicht neu wie beim Nießbraucher, er erwirbt vielmehr den Anspruch aus dem Rechte des Nießbrauchers. Mit der bloßen Ausübungsüberlassung scheidet der Anspruch auf die Mietzinsen nicht aus dem Vermögen des Nießbrauchers aus; die Bedenken, die gegen die Annahme einer Verfügung in der Nießbrauchsbestellung sprachen, fallen also fort. Im Einzelfall kommt es darauf an, ob der Ausübungsberechtigte die Nutzungen als bloßer Vertreter des Nießbrauchers, wenn auch für eigene Rechnung erwerben soll, oder ob mit der Ausübungsüberlassung gleichzeitig die einzelnen Mietzinsansprüche abgetreten werden sollten. Nur im letzteren Falle ist mit der Ausübungsüberlassung über die Mietzinsen verfügt. Zu einer solchen Auslegung der Parteivereinbarungen genügt aber nicht die bloße Tatsache der Ausübungsüberlassung, auch nicht die Tatsache, daß die Überlassung zur Sicherung erfolgt ist; denn die Sicherung besteht schon darin, daß bei der bloßen Ausübungsüberlassung der Berechtigte zur Einziehung der Mieten für eigene Rechnung ermächtigt ist, während er sonst zur Beschlagnahme greifen müßte.[2]) Es müssen also stets besondere Momente hinzukommen, die erkennen lassen, daß nach dem Parteiwillen die einzelnen Mietzinsforderungen mit dinglicher Wirkung übertragen werden sollten. Nur in diesem Falle hat auch der Ausübungsberechtigte ein eigenes Recht zum Widerspruch gegen eine Pfändung der Mietzinsen vonseiten eines dritten Gläubigers gemäß § 771 ZPO., sonst hat das Widerspruchsrecht nur der Nießbraucher.[3])

2) Die bisherigen Ausführungen haben sich mit der materiellen Stellung des Sicherungsbrauchers bei Kollision mit anderen Gläubigern des Eigentümers beschäftigt. Im Folgenden sollen kurz die wichtigsten

---

[1]) Nußbaum S. 73.
[2]) R. G. 101, 8.
[3]) R. G. 32, 290.

prozessualen Besonderheiten seiner Stellung dargetan werden. Wenn diese auch nur z. T. Besonderheiten für den Sicherungsnießbrauch bieten, erscheint eine kurze Darstellung der Hauptzüge für die Beurteilung der praktischen Stellung des Sicherungsnießbrauchers gegenüber anderen Gläubigern erforderlich.

Die Streitigkeiten, die beim Sicherungsnießbrauch entstehen, zeigen immer dasselbe Bild. Der Sicherungsnießbraucher kämpft entweder mit anderen Gläubigern des Eigentümers, einem Hypothekar oder Zessionar der Mietzinsen oder einem sonstigen Gläubiger oder mit dem Zwangsverwalter um die Mietzinsen. Prozessuale Besonderheiten kommen hierbei nur dann in Frage, wenn der andere Gläubiger bezw. der Zwangsverwalter nach obigen Grundsätzen gegen den Nießbraucher durchzudringen vermag. Zwei Fragen tauchen hierbei immer wieder auf:

a) Muß der Gläubiger auch einen vollstreckbaren Titel gegen den Nießbraucher haben?

b) Wie ist eine Zwangsverwaltung gegen den Nießbraucher durchführbar?

ad a) Nach § 750 ZPO. (vgl. auch § 737 ZPO.) kann eine Vollstreckung nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, im Urteil und in der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Nun steht der Anspruch auf die Mietzinsen von der Bestellung des Nießbrauchs an dem Nießbraucher zu. Wenn er auch materiell in vielen Fällen einen Zugriff anderer Gläubiger auf die Mietzinsen dulden muß, so findet die Zwangsvollstreckung doch immer gegen ihn statt. Es bedarf also der Erwirkung eines vollstreckbaren Titels gegen den Nießbraucher und der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an ihn. Ist nun ohne einen solchen Titel die Pfändung erfolgt und zwar zugunsten eines materiell besser berechtigten Hypothekars, und erhebt jetzt der Nießbraucher die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO., so weist das Reichsgericht[1]) die Klage zurück im Hinblick auf die materiell bessere Lage des Hypothekars, ohne einen vollstreckbaren Titel gegen den Nießbraucher zu verlangen: „Es sei ein ungerechtfertigter und unnötiger Umweg, den Hypothekengläubiger auf vorgängige Erwirkung eines Duldungsurteils gegen den rangschlechteren Nießbraucher zu verweisen, in Wahrheit stehe ihm kein besseres Recht zu, und ein solches verlange § 771."

[1]) R. G. 81, 150; J. W. 1914, 761; 1921, 239.

Im Gesetz findet diese Ansicht keine Stütze.[1]) Mag sie auch praktisch wünschenswert sein und „den Bedürfnissen des Lebens in erfreulicher Weise entgegenkommen,“[2]) so widerspricht sie doch dem Grundprinzip des § 750 ZPO. Ein solcher „Umweg“ ist gesetzlich vorgeschrieben. Den Eigentümer „als den immer noch eigentlich Berechtigten hinsichtlich der Immobiliarmasse und gewissermaßen als Vertreter des unbeweglichen Vermögens“ anzusehen,[3]) widerspricht m. E. dem Rechte des Nießbrauchers, der ein eigenes Recht an den Mietzinsen hat. Auch der Hinweis Nußbaums[4]) auf die über den Eigentümer weit hinausgreifenden Wirkungen der Grundstücksbeschlagnahme gemäß § 22 Z. V. G., die ebenfalls mit der Zustellung an den Eigentümer einträten, vermag über diesen Punkt nicht hinwegzuhelfen. Die dingliche Mietspfändung ist eine Mobiliarvollstreckung, wenn sie sich auch auf Erträgnisse des Grundstücks bezieht (vgl. § 865 ZPO.), die Grundstücksbeschlagnahme nach § 22 Z. V. G. aber eine Immobiliarvollstreckung.

Immerhin kann die Praxis mit dieser Stellung des Reichsgerichts rechnen, nachdem es seinen in R. G. 93, 123 anscheinend aufgegebenen Standpunkt in der Entscheidung J. W. 1921, 239 ausdrücklich aufrecht erhalten hat.[5])

ad b) Schwierigkeiten bereitet auch die Stellung des Sicherungsnießbrauchers und anderer Gläubiger des Eigentümers bei der Zwangsverwaltung.[6]) Zweifel waren hier zunächst erwachsen über die Zulässigkeit der Zwangsverwaltung neben einem Nießbrauch. Man hielt die Zwangsverwaltung für unzulässig, weil sie neben einem Nießbrauch Nutzungen abzuwerfen nicht imstande sei.[7]) Konnte ein vollstreckbarer Titel gegen den Nießbraucher auf Grund eines besseren dinglichen Rechts nicht beigebracht werden, so glaubte man gemäß § 28 Z. V. G. die Zwangsverwaltung aufheben zu müssen.

Diese Ansicht wird dem Gläubiger nicht gerecht. Auch wenn die Zwangsverwaltung keine Nutzungen für den Gläubiger abwirft, so werden doch durch sie für den Gläubiger die allgemeinen Beschlagnahmewirkungen, insbesondere das Veräußerungsverbot herbeigeführt. Auch sonst ist eine solche Beschlagnahme für den Gläubiger wertvoll.

[1]) Vgl. Rodewald S. 88; gegen ihn Predari Gruch. 58, 536 bei Besprechung seiner Schrift.

[2]) Nußbaum S. 78.

[3]) R. G. in L. Z. 1916, 1116.

[4]) Nußbaum S. 79.

[5]) Vgl. Staudinger § 1124, II, 1 b δ; R. G. R. Komm. § 1124, 5.

[6]) Vgl. hierzu Rodewald S. 68 ff., Dittrich S. 85.

[7]) Jaeckel, Komm. z. Z. V. G. 1904 Anm. 4 zu § 147; OLG. 14, 207; Wolff, Zwangsverst. § 146 Note 1 a E, vgl. auch L. G. Dresden, Sächs. Arch. 1906, 208.

Da der Sicherungsnießbrauch zeitlich auf eine kürzere Zeit begrenzt ist, würden nach Wegfall des Nießbrauchs Besitz und Nutzungen sonst an den Eigentümer zurückfallen. Die früheren Fälle zeigen, daß dies für den Gläubiger sehr gefährlich sein kann. Ähnlich liegt es, wenn der Sicherungsnießbrauch wirksam angefochten wird. In beiden Fällen verhindert diese „beschränkte Zwangsverwaltung" den Rückfall der Mietzinsen an den Eigentümer. Aus § 152 Abs. 2 Z. V. G. lassen sich Bedenken gegen die Zulässigkeit der beschränkten Zwangsverwaltung nicht herleiten, diese Vorschrift bezieht sich nur auf Mieter und Pächter, nicht auf den Nießbraucher (vgl. O. L. G. 20, 391).

Es ist auch nicht richtig, daß neben dem Verwaltungsrecht des Nießbrauchers für den Zwangsverwalter kein Raum zur Betätigung bleibe. Wie der Eigentümer neben dem Nießbraucher die Rechte aus dem Eigentum ausüben kann, die sich nicht auf die Nutzungen beziehen, wie z. B. die Nachbarrechte, so kann diese der Zwangsverwalter ausüben. Des weiteren stehen diesem die Überwachungsrechte des Eigentümers aus dem Legalschuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher zu (vgl. §§ 1037, 1038, 1041—45, 1047, 1051ff.). Rechtsprechung und Literatur haben daher mit Recht die Zulässigkeit der beschränkten Zwangsverwaltung anerkannt.[1])

Diese beschränkte Wirkung der Zwangsverwaltung kann aber der Gläubiger erweitern, wenn ihm materiell nach den früheren Darlegungen der bessere Rang zusteht, wie es z. B. der Fall ist, wenn ein dem Nießbraucher im Range vorgehender Hypothekar die Zwangsverwaltung betreibt. In diesem Falle kann der Zwangsverwalter vom Nießbraucher die Übertragung des Besitzes am Grundstück verlangen. Widerspricht der Nießbraucher, so muß der Gläubiger ein Urteil auf Duldung der Zwangsverwaltung gegen ihn erwirken.[2])

Die bestrittene Frage, ob der Vollstreckungsrichter auf Antrag des Hypothekengläubigers gegenüber dem nachstehenden Nießbraucher statt einer beschränkten sofort eine unbeschränkte Zwangsverwaltung anordnen darf, oder ob dem Nießbraucher seine Rechte vorbehalten werden müssen, wird mit dem Kammergericht (OLG. 20, 389) dahin beantwortet werden müssen, daß in das Besitzrecht des Nießbrauchers nur auf Grund eines gegen ihn gerichteten Titels eingegriffen werden kann. Solange ein solcher Titel nicht vorliegt, ist die Zwangsverwaltung als beschränkte anzuordnen.[3])

[1]) Jaeckel-Güthe § 146,5; Rodewald S. 75 ff; Nußbaum S. 76; Leschinsky D. J. Z. 1906, 175; Krüger D. J. Z. 1906, 707; Gundlach D. J. Z. 1902, 507; OLG. 11,134; vgl. auch R. G. 56, 389. a. A. Kretzschmar Sächs. Arch. 1920, 183; Dittrich S. 86.

[2]) OLG. 20, 390.

[3]) a. A. Nußbaum S. 77; Rodewald S. 82.

§ 11. Der Sicherungsnießbrauch in der Zwangsversteigerung.

In der Zwangsversteigerung[1]) wird der Sicherungsnießbrauch wie jedes andere eingetragene Recht behandelt. Er ist mit seinem vollen Wert zu berücksichtigen. Falls die zugrunde liegende Forderung aber ganz oder teilweise getilgt ist, können die Beteiligten Widerspruch gegen den Teilungsplan erheben, der dann gemäß § 115 Z. V. G. erledigt wird. Liegen jedoch die Voraussetzungen der Löschung „liquide"[2]) vor, so kann der Nießbrauch nicht berücksichtigt werden. Liquide sind diese Voraussetzungen aber nur, wenn die zur Löschung erforderlichen Urkunden vorgelegt werden, also z. B. die Löschungsbewilligung des Sicherungsnießbrauchers.[3])

§ 12. Die Anfechtung des Sicherungsnießbrauchs. Schluß.

Der Sicherungsnießbrauch kann, wie bereits dargelegt, auch unreellen Absichten dienen. So ist es nicht selten vorgekommen, daß der Eigentümer einem Gläubiger den Nießbrauch bestellt hat, um die Mietzinsen dem Zugriff eines persönlichen Gläubigers, der bei einer Zwangsversteigerung ausfallen würde, zu entziehen.[4]) In solchen Fällen kann nur eine scharfe Handhabung des Anfechtungsgesetzes helfen. Die Benachteiligungsabsicht kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festgestellt werden, wobei immer zu bedenken ist, daß der Sicherungsnießbrauch durchaus reellen Zwecken dienen kann. Die Anfechtung findet aber nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts[5]) nur statt, wenn auch eine Benachteiligung des Gläubigers festgestellt werden kann. Ein persönlicher Gläubiger kann sich daher durch die Bestellung des Sicherungsnießbrauchs nur in solchen Fällen beschwert fühlen, wenn ihm durch den Nießbrauch die Mietzinsen über den Betrag der Erhaltungskosten, der öffentlichen Lasten und der Hypothekenzinsen hinaus entzogen werden. Der persönliche Gläubiger könnte zwar durch einen raschen Zugriff den Hypothekengläubigern die Mietzinsen in den Grenzen der §§ 1123, II, 1124, II entziehen; er wird aber nicht benachteiligt, wenn Maßnahmen getroffen werden, die darauf abzielen, die gesetzlich vorgeschriebene Reihenfolge der Befriedigung einzuhalten. Mehr geschieht aber durch die

---

[1]) Vgl. hierzu Rodewald S. 68.
[2]) Jaeckel-Güthe § 45 Anm. 2.
[3]) „ „ a. a. O.
[4]) R. G. Gruch. 51,1109.
[5]) Vgl. Gruchot 51,1110, J W 1912, 1063, 1914, 597; 1918, 176, 1919, 572; L. Z. 1914, 1378, OLG. 18,153.

Einräumung des Sicherungsnießbrauchs nicht ohne weiteres, wenn nicht z. B. die Regelung des § 1047 überhaupt ganz ausgeschlossen wird. Der Nießbraucher kann daher ohne einen Regreß befürchten zu müssen, Hypothekenzinsen und andere Grundstückslasten aus den Einkünften des Grundstücks berichtigen.

Die vorliegende Betrachtung hat gezeigt, daß der Nießbrauch in rechtlich zulässiger Weise als Sicherungsmittel dienen und für diesen Zweck auch ausgestaltet werden kann. Ob der Sicherungsnießbrauch auf die Dauer ein geeigneter Ersatz für die Antichrese ist, erscheint aber doch recht zweifelhaft. Für den Eigentümer und besonders für dessen sonstige Gläubiger kann die nach außen sehr freie Stellung des Sicherungsnießbrauchers große Gefahren mit sich bringen. So ist es auch erklärlich, daß Hypothekenverträge in den Großstädten sehr häufig die Klausel enthalten, daß die Hypothek zur Zurückzahlung sofort fällig sein solle, falls ein Nießbrauch bestellt wird (vgl. Nußbaum, Hypothekenwesen S. 116—117). Zudem ist es nach Bestellung eines Nießbrauchs für den Eigentümer sehr schwierig das Grundstück zu veräußern oder weiter zu belasten.

Aber auch für den Sicherungsnießbraucher ist die Sicherheit nicht so groß, wie es zunächst den Anschein haben könnte. Rangbessere Hypothekare sind, wie oben dargelegt, kraft ihres Rechts in der Lage, dem Nießbraucher die Nutzungen zu entziehen.

Im ganzen erscheint der Sicherungsnießbrauch für den Verkehr als ein zu kompliziertes Gebilde, und es dürfte sich empfehlen, im Hypothekenrecht die Antichrese als eine Abart der gewöhnlichen Verkehrshypothek zu regeln.